SCHWEIZERISCHE RECHTSBÜCHER

DER CIVIL- & STRAFPROCESS DES BUNDES UND CANTONS ZÜRICH

Der Zivil- und Straf-Prozeß des Kantons Zürich und des Bundes.

Ein Commentar
auf Grundlage der Praxis
von

Dr. Fr. Meili,
Advokat und Privatdozent an der Universität und am Polytechnikum Zürich.

I. Band.

Zürich,
Druck und Verlag von Orell Füßli & Co.
1882.

Vom gleichen Verfasser sind früher folgende Schriften erschienen:

1) Das Telegraphenrecht (1871; zweite Auflage 1873).
2) Ueber den Gesetzesentwurf betreffend das zürcherische Gerichtswesen (1873).
3) Die Lehre der Prioritätsaktien (1874).
4) Die Haftpflicht der Postanstalten (1877).
5) Ueber die Frage des Schutzes der Erfindungen, sowie der Marken, Muster und Modelle (1878).
6) Das Pfand- und Konkursrecht der Eisenbahnen (1879).
7) Die Schuldexekution und der Konkurs gegen Gemeinden (1880).
8) Rechtsgutachten über die Ausrichtung von Dividenden an die Aktionäre der Nordostbahn (1881).

Dem

schweizerischen Juristenvereine

gewidmet

vom Verfasser.

Vorwort.

Die vorliegende Arbeit stammt aus der Praxis und ist für die Praxis bestimmt. Sie macht keineswegs den Anspruch auf wissenschaftlichen Werth.

Die noch bestehenden Präjudiziensammlungen über den zürcherischen Zivil- und Strafprozeß sind durch die neuen Gesetze obsolet geworden. Speziell die Schrift von Ullmer (der zürcherische Zivilprozeß 1861) ist überholt, wenn sie auch für die grundlegenden Prinzipien immer noch werthvoll erscheint. Ebenso verhält es sich mit dem Handbuche von Treichler (I. Band 1856; der II. ist nicht erschienen) und mit Hirzel (Präjudiziensammlung II. Nr. 1935—1975. 1863). Vollends bedeutungslos ist gegenwärtig Rüttimann: Die zürcherischen Gesetze betreffend die Organisation der Rechtspflege und das Strafverfahren (1853).

Unter diesen Umständen darf ich hoffen, daß der vorliegende Kommentar einem wirklichen Bedürfnisse entspreche und daß er bei dem ganzen Richterstande, den Parteivertretern und dem rechtsuchenden Publikum nicht unwillkommen sei.

Der erste Band enthält die Gerichtsverfassung und den Zivilprozeß des Kantons Zürich (vom 2. Dezember 1874) und des Bundes. Die gerichtlichen Entscheidungen sind meistens wörtlich zitirt.

Zunächst werden in der ersten Abtheilung die zwei ersten Bücher des zürcherischen Prozeßgesetzes (mit den durch die Novelle von 1880 eingeführten Aenderungen) kommentirt. Daran reiht sich dann in der zweiten Abtheilung das Organisationsgesetz betr. die Bundesrechtspflege und das eidgen. Zivilprozeßgesetz.

In einem zweiten Bande wird das Strafprozeßrecht des Kantons Zürich und des Bundes dargestellt werden.

Ich habe bei der Darstellung des bestehenden Rechtszustandes zuweilen auch einzelne kritische Bemerkungen eingestreut. Ich hoffe, man werde mir dies nicht verübeln. Es liegen nun über zehn Jahre angestrengtester Thätigkeit im Zivil- und Strafprozeßgebiete hinter mir. Ich trete auch in dieser Schrift mit meiner Meinung frei und offen heraus. Die gegenwärtige Zeitströmung liebt dies in unsern kleinen Verhältnissen nicht. Diese Wahrnehmung veranlaßt mich nicht, von meinem Grundsatze abzugehen. Nulli me mancipavi: nullius nomen fero. Multum magnorum virorum judicio tribuo, aliquid et meo vindico. Mein einziger Ehrgeiz besteht darin, dem Rechte einen Dienst zu erweisen. Ich nehme an, die „reine" Demokratie gestatte noch eine freie Erörterung der Dinge, auch wenn man dabei in die Lage kommt, etwas zu sagen, was dem großen Haufen nicht konvenirt.

Ich widme diese Schrift dem schweizerischen Juristenvereine. Seit einem Dezennium verfolge ich seine Bestrebungen mit dem größten Interesse und ich habe mir in seinem Schooße manche Belehrung und manche Anregung geholt. Es ist also ein Gefühl der Dankbarkeit, wenn ich diese kleine Frucht praktischer Thätigkeit jener Gesellschaft dedizire, die seit längerer Zeit ein tapferer Kämpe ist für die schweizerische Rechtseinheit. Darüber müssen wir Alle im Klaren sein: das kantonale Recht erlahmt und vereinsamt. Der alte Zustand muß sich auf dem gemein-eidgenössischen Boden in verbesserter Gestalt erneuern. Das eidgenössische Recht und seine Fortentwicklung muß deßwegen allen Juristen warm am Herzen liegen und mit vollem Rechte hat das gegenwärtige Präsidium des Juristenvereins am Juristentag in Zug einen Appell

erlassen, man möchte sich auf diesem neugeschaffenen Terrain bethätigen. Diese Schrift soll eine Antwort sein auf jenes Mahnwort.

Von bescheidener Stelle aus möchte ich hier einen kleinen Beitrag liefern zur Ausarbeitung eines gemeinsamen in allen schweizerischen Kantonen gültigen Zivil- und Strafprozeß-Gesetzes. Das Leben wird gewaltsam nach dieser Unifikation verlangen: mit unwiderstehlicher Sehnsucht werden alle Theile des schweizerischen Rechtes darnach trachten, in einen einheitlichen Körper sich zu verschmelzen.

Bei der Neubildung eines gemein-eidgenössischen Prozeßgesetzes wird meiner Ansicht nach auch das zürcherische Partikulargesetz eine große Rolle spielen, weil es der Hauptsache nach auf gesunden und kräftigen Prinzipien ruht. Ueberdies weichen auch die Prozeßgesetze der Kantone Thurgau und Schaffhausen vom zürcherischen nur wenig ab, so daß wir bei der Behandlung des zürcherischen Prozeßrechts vor einem erheblichen Stammkapital des ostschweizerischen Rechts stehen.

Indessen muß der Boden für die weitere Rechtsunifikation speziell auch auf diesem Gebiete gehörig vorbereitet werden durch vergleichende Darstellungen des in den einzelnen Kantonen geltenden Rechts. Insbesondere sollte der gegenwärtige Rechtszustand dargestellt werden betreffend:

a) Die Vorbereitungsakte der mündlichen Hauptverhandlung im Zivilprozesse;

b) das Beweisrecht;

c) das Verfahren vor II. Instanz (Frage der Nova etc.).

Ich hoffe, daß mein Vorgehen die Juristen anderer Kantone veranlaße, das kantonale Prozeßrecht ebenfalls zur Darstellung zu bringen. Diese Vorarbeiten sind die unerläßlichen Bedingungen zu einer glücklichen Unifikation, die zu fördern wesentlich auch die Pflicht der praktischen Juristen sein sollte. Eine neue und glänzende Rolle wird einstens die wissenschaftlich gebildete und praktisch gewandte Advokatur übernehmen, wenn ein Prozeßgesetz das kleine Vaterland umspannt.

Der weitere Blick und der größere Wirkungkreis wird segensreich auf die Thätigkeit einwirken und dann wird hoffentlich ein schweizerisches Barreau entstehen, das sich würdig anreiht an dasjenige der Nachbarstaaten. Auf seinem Banner werden zwei Worte stehen:

Ehre und Recht!

Zürich im Dezember 1881.

Der Verfasser.

Abkürzungen:

R.-B. = Rechenschaftsbericht des Obergerichtes.
B. = Schauberg's Beiträge.
Z. = „ Zeitschrift (fortgesetzt von Gwaltert).
A.-E. = Amtliche Entscheidungen des Bundesgerichtes.

Nota. Der Satz ad § 375 des zürcherischen Prozeßgesetzes erste und zweite Zeile soll heißen: Stirbt ein Zeuge oder sterben mehrere Zeugen vor der Einvernehmung, ist es dann statthaft, an ihrer Stelle nach Ablauf der Beweisfrist andere Zeugen anzugeben?

Inhaltsverzeichniß.

Erste Abtheilung.

Die Gerichtsverfassung und das Civilprozeßgesetz des Kantons Zürich

mit

der obergerichtlichen Verordnung vom 19. Christmonat 1874,
den Formularen und
dem obergerichtlichen Beschlusse über Festsetzung der
Staatsgebühren vom 30. Dezember 1878.

Erstes Buch.

Zweite Abtheilung.

Die Gerichtsverfassung und die Civilprozeßgesetzgebung des Bundes

mit

dem Gesetze über die Kosten der Bundesrechtspflege und demjenigen betreffend den Gerichtsstand für Civilklagen des Bundes und gegen denselben.

Besonderer Theil.

Erste Abtheilung.

Die Gerichtsverfassung und das Civilprozeßgesetz

des

Kantons Zürich

mit

der obergerichtlichen Verordnung
vom 19. Christmonat 1874, den Formularen und dem Beschlusse
betreffend die Staatsgebühren.

Erstes Buch.

Das Gerichtswesen im Allgemeinen.

I. Abschnitt.

Bestand der Gerichte.

A. Die Geschwornen.

§ 1. Zur Mitwirkung bei der eidgenössischen und kantonalen Rechtspflege werden Geschworne in den politischen Gemeinden gewählt.

Das Institut der Geschwornen ist sehr diskutabel. Das Nähere wird darüber später (ad § 43 u. ff.) gesagt werden. Die Bewunderer der Jury gestehen indessen regelmäßig auch ihrerseits ein, daß die Ernennung der Geschwornen mit viel größerer Sorgfalt erfolgen und daß die Kompetenz bedeutend reduzirt werden sollte. § 1 u. ff. fixirt die Wahl der Urlisten, die auch General- oder Hauptlisten genannt werden.

§ 2. Jede politische Gemeinde wählt für die eidgenössische Rechtspflege wenigstens einen Geschwornen. Die übrigen Geschwornen, welche nach Art. 24 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege im Kanton Zürich noch zu ernennen sind, werden denjenigen politischen Gemeinden, die mehr als 1000 Einwohner zählen, je nach dem Ueberschusse ihrer Einwohnerzahl über die Zahl von 1000 hinaus möglichst gleichmäßig zugetheilt.

Das Citat des Art. 24 ist nicht mehr zutreffend. Es bezog sich auf Art. 24 des Bundesgesetzes vom 5. Juni 1849 (Off. eidg. S. I. p. 65). Gegenwärtig ist maßgebend das eidgenössische Gesetz vom 27. Juni 1874 (Off. eidg. S. N. F. I. p. 136, Art. 32 ff. vide zweite Abtheilung.) Bezüglich der Kompetenz der eidgenössischen Geschwornen ist ferner hinzuweisen auf Art. 112 der Bundesverfassung, das Bundesstrafrecht vom 4. Februar 1853 (Off. eidg. S. III. p. 404) und prozessualisch auf das Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 27. August 1851 (Off. S. II. pag. 743, speziell Art. 43 ff.). Die Erfahrung hat bewiesen, daß die Erweiterung der eidgenössischen Kompetenz dringend zu wünschen wäre.

Endlich mag noch en passant citirt werden das Bundesgesetz über die Strafrechtspflege für die eidgenössischen Truppen vom 27. August 1851 (Off. eidg. S. II. p. 606). Cf. auch Schneider: Zur Geschichte der militärischen Rechtspflege (Schauberg's Zeitschrift N. F. II. p. 237—279).

§ 3. Für die kantonale Rechtspflege wählt jede Gemeinde auf je 200 Einwohner einen Geschwornen. Bruchzahlen von 100 oder mehr werden für voll gerechnet.

§ 4. Die Wahlen für die eidgenössische und für die kantonale Geschwornenliste werden gleichzeitig vorgenommen.

Zuerst werden die Geschwornen für die eidgenössische Rechtspflege gewählt. Die Gewählten werden sofort auch auf die kantonale Liste gesetzt und es wird hierauf zur Ergänzung der letztern geschritten.

§ 5. Mit der eidgenössischen tritt jeweilen alle sechs Jahre auch die kantonale Geschwornenliste außer Kraft.

§ 6. Jeder bei den Geschwornenwahlen Stimmberechtigte ist wählbar; ausgenommen sind:

1. alle eidgenössischen Vollziehungsbeamten, die Mitglieder des Regierungsrathes, die Statthalter und deren Adjunkte, die Mitglieder des Kassationsgerichtes und des Obergerichtes, die Bezirksgerichtspräsidenten und die Beamten der Staatsanwaltschaft;
2. die Geistlichen;
3. die Angestellten in den Verhafts- und Strafanstalten;
4. die Polizeiangestellten.

Betreffend die eidgenössischen Vorschriften ist zu verweisen auf Art. 41 des Bundesgesetzes vom 27. Juni 1874 (vide zweite Abtheilung).

Eine interessante Vergleichung über die Komposition des Schwurgerichts liefert Heffter: Die Zusammensetzung des Schwurgerichts im Archiv des Kriminalrechts, Neue Folge, Jahrgang 1849, p. 1—28. Dieser Schriftsteller will als „Schwurmänner" auch die Advokaten und alle Elementarschullehrer ausschließen, die letztern deßwegen, weil „diese Männer Alles nach Prinzipien der Schule zu beurtheilen gewöhnt sind und in den Diskussionen jeder nach seiner Weise die Andern zu doktriniren sucht" (l. c. p. 21).

§ 7. Die Wahl zum Geschwornen kann nur ablehnen, wer das 60. Altersjahr zurückgelegt hat oder wegen Krankheit oder in Folge Gebrechens außer Stande ist, die Pflichten eines Geschwornen zu erfüllen, oder endlich, wer sich auf der letzten Geschwornenliste befunden und bei einer Sitzung mitgewirkt hat.

Cf. auch § 19 des Gesetzes betreffend die Wahlen und die Entlassung der Beamten (Off. S. XV. p. 100).

§ 8. Die Gemeindräthe haben die Resultate der Geschwornenwahlen, ferner die Namen derjenigen Mitglieder, welche aus irgend einem Grunde unfähig geworden sind, als solche zu fungiren, oder die aus dem Kanton weggezogen oder

gestorben sind, sowie die getroffenen **Ergänzungswahlen** sofort der Direktion des Innern mitzutheilen.

Es ist Pflicht der Behörden dafür zu sorgen, daß diejenigen Leute, die den Dienst der Geschwornen nicht mehr erfüllen können, zurücktreten. Im Kanton Zürich wurde vor etwa acht Jahren ein schwurgerichtliches Urtheil kassirt, weil es sich nachher ergeben hatte, daß ein verrückter Geschworner mitgewirkt hatte (Fall Hottinger Stäfa).

§ 9. Die **Geschwornenliste** wird durch die Direktion des Innern zusammengestellt und durch das Amtsblatt veröffentlicht. Die Veränderungen derselben hat sie dem Obergerichte für sich und zu Handen der Friedensrichter mitzutheilen.

B. Die Friedensrichter.

§ 10. Jede **politische Gemeinde** hat einen oder mehrere Friedensrichter.

Das Institut der Friedensrichter als Sühnbeamten ist spezifisch französischen Ursprungs. Der englische Friedensrichter hat eine andere Stellung. Ein Redner in der französischen Nationalversammlung empfahl die Einführung des Juge de paix mit folgenden Worten (cf. Feuerbach: Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit II. p. 51. 1825):

„Denkt Euch eine obrigkeitliche Person, die nur für ihre Mitbürger lebt. Ein Vater in seiner Kinder Mitte! Er spricht ein Wort und Ungerechtigkeiten werden wieder gut gemacht, Uneinigkeiten verschwinden, Beschwerden hören auf: seine fortwährende Sorgfalt versichert Allen ihr Glück. Dies ist der Friedensrichter."

Rein theoretisch läßt sich das Institut nicht rechtfertigen. Warum soll Jemand, der sein Recht sucht, noch zuerst zum Frieden ermahnt werden? Feuerbach (l. c. p. 52) vergleicht das Friedensrichteramt „einer Zollstätte, bei welcher man die Erlaubniß, den Weg der Justiz zu betreten, einstweilen auf Abschlag ein Weggeld zu entrichten habe." Praktisch angesehen hat sich das Institut bei uns bewährt an denjenigen Orten, wo tüchtige Männer sich zu diesen Stellen wählen ließen. Ein ausgezeichneter Friedensrichter, der mit positiven Kenntnissen des Rechts ausgerüstet ist, kann viel Gutes wirken (cf. auch R.-B. 1875, pag. 13).

Ganz unrichtig ist es, daß das Gesetz den Gemeinden gestattet, einen „oder mehrere Friedensrichter" zu wählen. Diese Vorschrift drückt leider das Niveau dieser Beamten wieder hinunter.

Weitere Bemerkungen über das Institut der Friedensrichter vide in meiner Broschüre: Ueber den Gesetzesentwurf betreffend das zürcherische Gerichtswesen (1873) p. 22 ff. — Im Kanton Bern ist die Abschaffung des Instituts projektirt (cf. Stooß: die Revision der bernischen Gerichtsorganisation 1881, p. 16—18).

§ 11. Ueber **Veränderung der Zahl** der bestehenden Friedensrichter oder der **Abgrenzung** der Gemeindeabtheilungen, für welche Friedensrichter aufgestellt sind, entscheidet der Regierungsrath nach eingeholtem Gutachten des Obergerichtes.

Es sollte jede Gemeinde es sich zur Pflicht machen, einen einzigen Friedensrichter zu haben. Die Oberbehörden werden dieser Tendenz gerne zustimmen.

§ 12. Die Friedensrichter werden von der politischen Gemeinde **gewählt** auf eine **Amtsdauer** von sechs Jahren. Die

Wahl findet jeweilen in der zweiten für die Gesammterneuerung der Gemeindebehörden aufgestellten Wahlperiode gleichzeitig mit der Wahl der übrigen Gemeindebeamten statt.

Jeder Richter sollte im Grunde genommen unabsetzbar und auf Lebenszeit gewählt werden. Nur dann erlangt er diejenige Unabhängigkeit, welche die Zierde des Richters ist und sein sollte.

§ 13. Die Stelle eines Friedensrichters ist unvereinbar mit derjenigen eines Gemeindammanns und eines Richters oberer Instanz.

Das Obergericht erklärte auf eine Anfrage der Direktion des Erziehungswesens, der Lehrerberuf sei mit der Stelle eines Friedensrichters nicht unbedingt unvereinbar und es seien kaum Gründe gedenkbar, weßwegen es in der Pflicht der Aufsichtsbehörden läge, eine solche Vereinigung grundsätzlich und in allen Fällen zu verhindern (R.-B. 1875, p. 138/39).

Das Obergericht sprach sich bei dieser Gelegenheit folgendermaßen aus: Die Lehrer sind, wie nicht zu bezweifeln ist, vermöge ihrer Bildung in verschiedener Beziehung zu den Funktionen eines Friedensrichters besser geeignet, als Personen, wie sie häufig zu solchen Stellen gewählt werden, und es kann weder in der Art der Geschäfte, noch in der für deren Vornahme erforderlichen Tageszeit, noch in der Lokalität oder in der Stellung des Lehrers zu den Schulgenossen, ein Grund gegen die Vereinigung liegen. Der Friedensrichter kann alle seine Geschäfte, abgesehen von allfälligen Lokalbesichtigungen, in seinem Amtslokal bezw. in seiner Wohnung abmachen und insofern steht seine Thätigkeit mit derjenigen eines Lehrers auf gleicher Linie. Im Fernern ist, was die Tageszeit für die Behandlung der Geschäfte betrifft, kaum ein Nachtheil davon zu befürchten, daß der Lehrer, der zugleich Friedensrichter ist, die Geschäfte der letztern Stelle in den Abendstunden, also nach Beendigung der Schule, besorgt, um so weniger, als ja in den meisten, namentlich den kleinen Gemeinden, es bisher so war und immer so bleiben wird, daß der Friedensrichter neben seinem eigentlichen Berufsgeschäfte das Amt als Nebenbeschäftigung besorgt und dazu gewöhnlich die Zeit nach Feierabend, die auch den Parteien in der Regel am gelegensten ist, verwendet. Die Gemeinden können, was die Lokalität betrifft, dem Friedensrichter ein Amtslokal anweisen und wenn sie es nicht thun, so wird der Friedensrichter in seiner Wohnung das Amtslokal haben, ein Lehrer also, der als solcher eine Amtswohnung hat, würde solche, wenn ihm nicht ein besonderes Amtslokal angewiesen wird, auch für die friedensrichterlichen Geschäfte hergeben und benutzen lassen, und wir sehen nicht ein, daß daraus Uebelstände sich ergeben könnten. Und was endlich die Stellung des Lehrers zu den Schulgenossen betrifft, so ist das ein Verhältniß, das allfällig den Lehrer bewegen kann, die Stelle des Friedensrichters abzulehnen mit Rücksicht darauf, daß der Friedensrichter nicht mehr bloßer Sühnbeamter ist, sondern ihm in Streitigkeiten bis auf 50 Fr. entscheidende Kompetenz eingeräumt ist, daß aber solche Entscheide, wie nicht anders zu serwarten ist, die Parteien nicht immer befriedigen und daß daher die Wirksamkeit des Friedensrichters auch auf seine Stellung und sein Ansehen als Lehrer zurückwirken kann; dagegen liegt darin, wenigstens für die Aufsichtsbehörden der Friedensrichter, kein Grund, auf eine Verhinderung der Vereinigung beider Stellen hinzuwirken. Eher könnten vielleicht die Aufsichtsbehörden über das Schulwesen je nach dem Charakter der betreffenden Persönlichkeit darin eine Beeinträchtigung des gedeihlichen Wirkens als Lehrer erblicken. Wenn somit grundsätzlich der Vereinigung beider Stellen nichts entgegensteht, so kommt dagegen im einzelnen Falle Alles auf den Geschäftsumfang des betreffenden Friedensrichteramtes an.

Früher war erklärt worden, daß der Beruf eines Geschäftsagenten mit der Stelle eines Friedensrichters unvereinbar sei (Z. XVIII. p. 200).

§ 14. Das Bezirksgericht ernennt für jeden Friedensrichter einen benachbarten Friedensrichter als Stellvertreter.

Es wäre wohl an sich passend, die Stellvertretung ein für alle Male gesetzgeberisch zu ordnen. Bei dem jetzigen Stande der Dinge war dies noch nicht möglich (cf. § 11).

§ 15. Der Friedensrichter hat auf eigene Kosten für sein Amtslokal zu sorgen.

Wenn er Vorladungen und dergleichen durch einen Angestellten besorgen läßt, so ist er für die Verrichtungen dieser Person verantwortlich.

Daß ein Beamter für sein Amtslokal sorgen muß, ist staatsrechtlich natürlich zu verwerfen.

§ 16. Der Friedensrichter soll in der Gemeinde und in der Gemeindeabtheilung wohnen, für welche er bestellt ist. Ausnahmen können von der Gemeinde gestattet werden.

§ 17. Der Friedensrichter steht unter der Aufsicht des Bezirksgerichtes, dem er periodisch eine tabellarische Uebersicht über seine Verrichtungen einzusenden hat, und unter der Oberaufsicht des Obergerichtes.

Am besten wäre es, wenn jeder neu gewählte Friedensrichter von einem sachkundigen Mitgliede des Bezirksgerichtes in seine Berufsstellung gehörig eingeführt würde.

Im Uebrigen ist bezüglich der friedensrichterlichen Funktionen etc. zum Schlusse namentlich zu verweisen auf § 78 und 79, § 294—316, § 448—459 und die obergerichtliche Verordnung vom 19. Christmonat 1874 § 1—23 (vide Anhang).

Betreffend die Haftpflicht der Friedensrichter ist § 1852 des Civilgesetzes maßgebend.

C. Die Bezirksgerichte.

§ 18. Jeder Bezirk hat ein Bezirksgericht, bestehend aus einem Präsidenten und vier Richtern. Ausnahmsweise besteht das Bezirksgericht Zürich aus einem Präsidenten und elf Richtern.

Die Präsidenten und Richter werden von den stimmberechtigten Einwohnern des Bezirkes in den politischen Gemeinden gewählt.

Als Ersatzmänner für einzelne Mitglieder sind nöthigenfalls die Friedensrichter des Bezirkes beizuziehen.

Cf. die Gesetzesnovelle vom 13. Juni 1880.

Hier gestatte ich mir folgende Bemerkungen:

1. Im Allgemeinen darf man sicherlich rund anerkennen, daß unsere Bezirksgerichte den redlichen Willen haben, dem Rechte zu dienen. Aber man muß sich hüten zu glauben, daß Alles ausgezeichnet eingerichtet sei.

Die Gerichtshoheit ist leider in überaus schädlicher Weise in elf Bezirke zersplittert. Diese territoriale Zerbröckelung der Jurisdiktion ist der Wurm, der am Gedeihen unserer Justiz nagt. Für den ganzen Kanton, der ja immer noch klein genug ist, würde im Grunde genommen ein einziger Ge-

richtshof erster Instanz genügen. Da indessen dies wohl nicht erreicht würde, so wäre es wenigstens angezeigt, die Bezirke erheblich zu reduziren. Der nämliche Prozeß vollzieht sich auch in andern Kantonen.

2. Mit der sub 1 angegebenen Thatsache hängt weiter zusammen, daß die Parteien den Richtern viel zu nahe stehen.

3. Die Wahlart unserer Bezirksgerichte, d. h. die Erwählung der Richter durch das „Volk" des betreffenden Bezirkes ist in meinen Augen gänzlich verkehrt. Es muß betont werden, daß die Ernennung des Richterpersonals Sache des Staates und nicht bloß des betreffenden Bezirkes ist. Sodann ist es staatsrechtlich ganz unrichtig die politischen und richterlichen Aemter nach gleichen Normen zu wählen.

Viel zweckmäßiger wäre es, die Richter von dem Kantonsrathe ernennen zu lassen. Die Folge davon wäre die, daß bei allen Gerichten erster Instanz wenigstens der Präsident aus einem studirten Juristen bestehen würde.

Ich füge hier noch hinzu, daß im Kanton Bern de lege ferenda das Postulat aufgestellt ist: Die Civilgerichte seien ausnahmslos mit rechtsgelehrten Richtern zu besetzen (cf. Stooß l. c. p. 9). Ich wünsche dieser Idee einen glücklichen Erfolg.

Jedenfalls aber ist auch hier zu sagen, daß die Richterwahlen mit größter Sorgfalt und Umsicht vorgenommen werden sollten (R.-B. 1858 p. 32 und 1859 p. 22).

§ 19. Die Amtsdauer der Bezirksgerichtspräsidenten und Bezirksrichter beträgt sechs Jahre.

Die Wahl findet jeweilen in der zweiten für die Gesammterneuerung der Bezirksbehörden aufgestellten Wahlperiode gleichzeitig mit der Wahl der übrigen Bezirksbeamten statt.

Die kurze Dauer des von „der Majestät des Volkes" in direkter Wahl ertheilten Richtermandates ist außerordentlich zu beklagen. Ein Richter, der wahrhaft unabhängig sein soll, muß — ich wiederhole es — auf Lebenszeit gewählt werden. Man wird mir einwerfen: es hieße dies unter Umständen die Ignoranz mit einer lebenslänglichen Investitur umgürten und die Wahlen schaffen eben bei uns eine segensreiche Remedur. Allein ich erwiedere: die Wahlen würden bei der Lebenslänglichkeit der Richterbeamtungen mit größerem Ernste und größerer Sorgfalt vorgenommen und sie würden dann wohl einem Körper anheimgegeben, der das nöthige Verantwortlichkeitsgefühl besäße.

§ 20. Unvereinbar mit dem Amte eines Mitgliedes des Bezirksgerichtes sind die Stellen eines Statthalters, eines Mitgliedes und Schreibers des Bezirksrathes, eines Notars, eines Gemeindammanns und eines Richters oder Schreibers höherer Instanz. Auch ist den Mitgliedern der Bezirksgerichte die berufsmäßige Vertretung dritter Personen vor Gericht untersagt.

Zur Erzielung der Unabhängigkeit des Richterpersonals dient auch kaum die bei uns zuläßige Erscheinung, wornach ein Bezirksrichter noch Wirth sein kann.

Dürfen die Gerichtswaibel Parteien vor Gericht vertreten? Das Obergericht drückt sich im Rechenschaftsbericht von 1878, p. 49 und 50 dahin aus:

Das Gesetz enthält keine Bestimmungen, wornach den Gerichtswaibeln untersagt wäre, vor Gerichten, und im Besondern vor demjenigen, bei welchem sie angestellt sind, in Rechtsstreitigkeiten Parteien zu vertreten. Es kann also in der Besorgung solcher Geschäfte durch die Gerichtswaibel nicht ohne Weiteres ein mit Strafe zu belegendes Verhalten gefunden

werden. Vielmehr bleibt den Gerichten anheimgestellt, je nach Gutfinden gegenüber ihren Waibeln das Geeignete zu bestimmen. Indeß liegt auf der Hand, daß auch, wenn die Waibel durch die Doppelstellung (welche sie durch Besorgung von Rechtsgeschäften für fremde Personen vor dem Gericht, bei welchem sie angestellt sind, einnehmen), sich nicht sollten verleiten lassen, mißbräuchlich Dasjenige, was sie als Waibel in Erfahrung bringen, im Interesse der Prozeßpartei zu benützen, jene Doppelstellung doch geeignet ist, im Gegner Mißtrauen zu erwecken und daher richtigerweise den Waibeln nicht gestattet werden sollte, sei es berufsmäßig oder auch nur ausnahmsweise aus Freundschaft, für Parteien die Vertretung derselben vor dem Gericht, bei welchem sie angestellt sind, zu übernehmen (24. Aug. 1878).

§ 21. Die Bezirksgerichte wählen nach ihrer Gesammterneuerung für den Rest des Kalenderjahres und sodann je am Schlusse eines solchen für das folgende Jahr aus ihrer Mitte einen, das Bezirksgericht Zürich drei Vicepräsidenten.

Nach dem Gesetze von 1874 hatte das Bezirksgericht Zürich nur zwei Vizepräsidenten. Die Aenderung stützt sich auf die citirte Novelle.

§ 22. Jeweilen nach seiner Gesammterneuerung wählt das Bezirksgericht einen Schreiber auf die Amtsdaner von 6 Jahren.

Das Bezirksgericht Zürich kann demselben drei, dasjenige in Winterthur zwei ständige Substituten beigeben.

Das Obergericht ist berechtigt, einzelnen Bezirksgerichtsschreibern, welche vorübergehend mit Arbeiten überhäuft sind, zeitweise Substituten beizugeben.

§ 22, zweiter Satz stützt sich auf die citirte Novelle.

Auf den Landgerichten ist die abstrakte Jurisprudenz regelmäßig durch den Gerichtsschreiber repräsentirt. Der Gerichtsschreiber ist dort fast überall der zentrale Punkt, um den sich Alles dreht. Soll dies eine gute Erscheinung sein? Der Gerichtsschreiber redigirt regelmäßig die Beweisinterlokute und die Erheblichkeitsbeschlüsse, er leitet die Prozesse und er entwirft die Urtheilsbegründungen.

§ 23. Die Kanzleibeamten der Bezirksgerichte können nicht zugleich Mitglieder des Gerichtes sein. Auch finden auf dieselben die Bestimmungen des § 20 Anwendnng.

§ 24. Die Bezirksgerichtsschreiber haben für Gelder und andere Werthgegenstände, welche sie in amtlicher Stellung aufzubewahren haben, sowie für getreue Amtsführung überhaupt eine Real- oder Personalkaution zu leisten. Die Größe derselben wird mit Rücksicht auf die Verhältnisse des betreffenden Bezirkes vom Obergerichte auf Antrag des Bezirksgerichtes festgesetzt; sie darf jedoch nicht weniger als 6000 und nicht mehr als 12,000 Franken betragen.

Cf. § 26 der obergerichtlichen Verordnung vom 19. Christmonat 1874.

Bezüglich der civilrechtlichen Haftpflicht der Gerichtsschreiber für Gelder und sonstige Valoren ist hinzuweisen auf § 1153 des Civilgesetzes und Ullmer's Kommentar Nr. 1825, 1826 und 1833. Es kann nicht genug betont werden, daß die größte und intensivste diligentia und custodia ge-

fordert werden muß, — zumal da die Parteien die betreffenden Valeurs unfreiwillig abliefern.

§ 25. Die Bezirksgerichte wählen für die Bedienung des Gerichtes und der Mitglieder in ihren amtlichen Funktionen jeweilen auf ein Jahr einen, das Bezirksgericht Zürich zwei Waibel.

Im Bezirksgerichte Zürich bestehen, kraft der mehrcitirten Novelle, zwei Waibel.

Es liegt ein gewisser Humor in dieser Neuerung deswegen, weil vor Erlaß des gegenwärtigen Prozeßgesetzes projektirt war, die Waibel abzuschaffen (cf. meine citirte Broschüre p. 9/10).

Die Waibel haben einen Vertrauensberuf und es ist ihnen dringend zu empfehlen, ihn mit Takt und Würde auszufüllen.

§ 26. Zur Ausfällung eines endlichen (inappellabeln) Urtheiles, sowie zum Erlaß von Kassations- und Revisionsbescheiden muß das Gericht mit fünf Mitgliedern besetzt sein.

Zu erstinstanzlichen Urtheilen und gewöhnlichen Beschlüssen genügt die Mitwirkung von drei Richtern. Zu den Sitzungen des Gerichtes sind aber jeweilen alle Mitglieder einzuladen.

Das Bezirksgericht Zürich theilt sich mit Genehmigung des Obergerichtes in zwei Sektionen, die eine bestehend aus dem Präsidenten des Gerichtes und vier Richtern, die andere aus einem der Vicepräsidenten und vier Richtern. Beide Sectionen erledigen sowohl Zivil- als auch Strafsachen. Das Bezirksgericht vertheilt unter Genehmigung des Obergerichtes die Präsidialgeschäfte, inbegriffen die Geschäfte des Konkursrichters, unter den Präsidenten und die Vicepräsidenten.

Absatz 2 dieses Paragraphen, wornach zu den Sitzungen des Gerichtes alle Mitglieder einzuladen sind, kann sich auf das Bezirksgericht Zürich nicht beziehen (Beschluß der Appellationskammer Meier und Consorten 12. Febr. 1878).

Absatz 3 dieses Paragraphen ist der Hauptsache nach ein Resultat der Gesetzesnovelle. Die Geschäftsvertheilung ist nunmehr folgende: Der I. Sektion werden die Civilprozesse aus den Gemeinden vom rechten See- und Limmatufer, der II. diejenigen vom linken zugewiesen. Die Strafprozesse werden beiden Sektionen in gleicher Zahl zugetheilt, der I. Sektion diejenigen mit geraden, der II. diejenigen mit ungeraden Nummern. In dieser gleichen Weise werden auch die Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit vertheilt. Der II. Vizepräsident behandelt die Geschäfte des summarischen Verfahrens, der III. diejenigen des ordentlichen Verfahrens vor dem Gerichtspräsidenten und die Konkursprozesse (cf. R.-B. 1880 p. 42).

Ich will hier neuerdings davor gewarnt haben, den Bezirk Zürich in zwei Theile zu spalten (cf. meine Broschüre p. 31—33). Damit würde gar nichts gewonnen, sondern viel verdorben. Aber dazu wird es kommen müssen, daß das Richterpersonal vermehrt und mit einer weit bessern Besoldung ausgerüstet wird.

§ 27. Die Bezirksgerichte halten ihre regelmäßigen Sitzungen am Hauptorte des Bezirkes. Ebendaselbst soll sich die Gerichtskanzlei befinden.

Es ist zu bedauern, daß der Bezirksgerichtspräsident nicht ebenfalls gezwungen wird, am Hauptorte zu wohnen. Die rasche Erledigung der Geschäfte würde dadurch sehr gefördert.

§ 28. Die Bezirksgerichte stehen unter der Aufsicht des Obergerichtes und erstatten demselben jährlich Rechenschaft über ihre Verrichtungen, sowie über diejenigen ihrer Präsidenten, der Friedensrichter, Gemeindammänner und Notare.

In diesen Rechenschaftsberichten legen die Bezirksgerichte auch ihre Ansichten nieder über die in der Praxis sich zeigenden Uebelstände und es ist nur zu hoffen, daß sie alle ihre Wahrnehmungen ohne Ansehen der Person ungeschminkt wie bisanhin mittheilen. Auf diesem Wege kann dem Rechte ein großer Dienst geleistet werden. — Auf der andern Seite sollte das Obergericht und der Regierungsrath den untern Instanzen auch entgegenkommen, namentlich was die Literatur anbetrifft.

Bei den Bezirksgerichten sollte, namentlich in denen von Zürich und Winterthur, dafür gesorgt werden, daß die kantonale und eidgenössische Gesetzessammlung, die verschiedenen schweizerischen Zeitschriften, die Entscheidungen des Bundesgerichts, das Archiv von Seuffert, die Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts in Civil- und Strafsachen und die gangbarsten Rechtslehrbücher auf Staatskosten angeschafft resp. gehalten werden.

Bezüglich der Haftpflicht der Richter ist § 1852 des Civilgesetzes maßgebend. Cf. Usteri: Die privatrechtliche Verantwortlichkeit des Richters gegenüber den Parteien (Zürich 1877).

D. Das Obergericht.

§ 29. Das Obergericht besteht aus elf Mitgliedern, welche von dem Kantonsrathe gewählt werden. Ersatzmänner desselben sind nöthigenfalls die Bezirksgerichtspräsidenten.

Vor der Gesetzesnovelle bestand das Obergericht aus neun Mitgliedern. Vor dem Gesetze von 1874 waren deren zwölf. Ich hatte in meiner citirten Broschüre (l. c. p. 26—28) umsonst gegen eine Reduktion opponirt.

Rekursrecht und Appellation sind die heiligsten Stützen einer soliden Rechtsprechung. Ein mächtiger Sporn dem Rechte und nur ihm zu dienen, liegt für den Unterrichter in dem Bewußtsein, daß er einer höhern und sorgfältigen Kontrole ab Seite des Obergerichtes unterworfen ist, für die Parteien aber ist die Ueberzeugung, daß ihre Interessen einer doppelten Prüfung unterstellt werden können, von enormer Bedeutung.

Das Obergericht ist der geistige Führer unserer Justiz. Es hat einer allzu formlosen und saloppen Prozeßführung und einer Verwilderung der Rechtsbegriffe entgegenzutreten.

§ 30. Die Amtsdauer der Mitglieder des Obergerichtes beträgt sechs Jahre. Die Gesammterneuerung findet jeweilen nach der zweiten Gesammterneuerung des Kantonsrathes statt.

Leider unterliegen auch die Oberrichter einer Neuerungswahl. Zum Wohle des Rechtes und der Rechtswissenschaft findet sie aber durch den Kantonsrath statt.

Das Appellationsrecht besteht in Forderungsstreitigkeiten bis 50 resp. 200 Franken nicht, ferner leider nicht in den wichtigsten Strafprozessen, indem darüber die Geschwornen endgültig entscheiden. Auch handelsgerichtliche Urtheile sind inappellabel (cf. indessen ad § 50). Die gewöhnlichen Strafprozesse unterliegen der Appellation.

§ 31. Das Amt eines Mitgliedes des Obergerichtes ist unvereinbar mit irgend einer andern festbesoldeten Stelle, sowie mit derjenigen eines Mitgliedes der eidgenössischen Räthe und der berufsmäßigen Vertretung dritter Personen vor Gericht. Für die Bekleidung der Stelle eines Direktors oder Verwaltungsrathes einer Aktiengesellschaft ist die Erlaubniß des Kantonsrathes erforderlich

Der letzte Satz dieses Paragraphen ist offenbar verfehlt. Entweder ist ein Veto absolut auszusprechen oder nicht. Meiner Ansicht nach sollte das Erstere geschehen. Warum aber derartige Stellungen von den Strömungen der sog. Politik oder richtiger gesagt von Gründen persönlicher Rücksichten abhängig machen?

§ 32. Das Obergericht wählt nach seiner Gesammterneuerung für den Rest des Kalenderjahres und sodann je am Schlusse eines solchen für das folgende Jahr aus seiner Mitte einen Präsidenten und einen Vizepräsidenten.

§ 33. Das Obergericht zerfällt in die Appellationskammer, bestehend aus neun und die Rekurs- und Anklagekammer, bestehend aus drei Mitgliedern.

Der Präsident des Obergerichtes führt in beiden Kammern den Vorsitz.

Durch Beschluß des Obergerichtes können indessen dem Vicepräsidenten einzelne Funktionen des Präsidenten und so auch die gesammte Leitung der Rekurs- und Anklagekammer ständig übertragen werden.

Der dritte Absatz dieses Paragraphen ist durch die Novelle eingeführt. Er beruht auf der Betrachtung, daß es einem einzelnen Mitgliede nicht möglich sei, das ganze Material zu bewältigen. Die Praxis hat diesen Beweis liefern müssen. In der citirten Broschüre (l. c. p. 27/28) habe ich umsonst vor jenem Experimente gewarnt.

§ 34. Gleichzeitig mit der Wahl des Präsidenten werden jeweilen auch die beiden Kammern vom Obergerichte bestellt.

Mit Ausnahme des Präsidenten beziehungsweise des Vicepräsidenten darf kein Mitglied länger als zwei Jahre nacheinander der Rekurs- und Anklagekammer angehören; alljährlich tritt eines derselben aus.

Die Worte „beziehungsweise des Vizepräsidenten" hat die Novelle hinzugefügt.

Die Vorschrift des § 34, Absatz 2, ist legislativ unverständlich. Es wird immer einzelne Mitglieder des Obergerichtes geben, welchen die Aufregung der öffentlichen Berathung nicht zusagt. Warum soll man sie zwingen, aus der Rekurs- und Anklagekammer auszutreten? Es beruht diese Vorschrift auf jener unverständigen Neuerungssucht und auf dem Mißtrauen gegen die Beamten, das der „reinen" Demokratie eigen ist.

§ 35. Das Obergericht ist mit sieben Mitgliedern, die Appellationskammer mit fünf Mitgliedern genügend besetzt.

Zu den Sitzungen des Obergerichtes sind jeweilen alle, zu denen der Appellationskammer außer dem Präsidenten sechs Mitglieder in bestimmter Kehrordnung einzuladen.

Die Rekurs- und Anklagekammer muß immer vollständig besetzt sein.

Wenn die Zahl der anhängigen Geschäfte es als nothwendig erscheinen läßt, können die Mitglieder der einen Kammer auch für die Geschäfte der andern in Anspruch genommen werden.

Der letzte Absatz des § 35 ist durch die Gesetzesnovelle eingeführt worden.

§ 36. Zur Ergänzung der Appellationskammer sind in erster Linie die Mitglieder der Rekurs- und Anklagekammer, und nur wenn dies nicht möglich ist, Ersatzmänner zuzuziehen.

Für die Rekurs- und Anklagekammer werden jährlich aus den Mitgliedern der Appellationskammer zwei ständige Ersatzmänner bestellt.

§ 37. Die Kanzlei des Obergerichtes besteht aus folgenden Kanzleibeamten: dem Obergerichtsschreiber, zwei Sekretären und dem Registrator, ferner aus drei Kanzlisten und dem nöthigen Hülfspersonale.

Die Kanzleibeamten werden auf eine sechsjährige Amtsdauer, die Kanzlisten auf drei Jahre vom Obergerichte gewählt; die Erneuerungswahl richtet sich nach der Gesammterneuerung des Obergerichtes.

Die Anstellung des weiter nöthigen Hülfspersonales ist Sache des Obergerichtsschreibers unter Aufsicht des Obergerichtes, beziehungsweise einer Spezialkommission desselben.

Cf. § 45.

Die „Kanzleikommission" besteht aus drei Mitgliedern des Obergerichtes. Diese Spezialkommission wird auf ein Jahr (!) gewählt. Es liegen ihr folgende Geschäfte ob (R.-B. 1875 p. 137):

1. Die Vorberathung und Antragstellung in allen durch das Obergericht zu fassenden Beschlüssen betreffend die Bestellung und Geschäftsführung der Obergerichtskanzlei.
2. Die Anstellung des Kanzlei-Hülfspersonals.
3. Die Ueberwachung der Geschäftsführung der Obergerichtskanzlei, über welche sie dem Obergerichte jedes Vierteljahr einen schriftlichen Bericht erstattet.
4. Die Erledigung von Gesuchen betreffend Stundung und Theilzahlungen mit Bezug auf die durch den Registrator zu beziehenden Kosten in Prozeßsachen.

§ 38. Dem Obergerichtsschreiber liegt die Ueberwachung der gesammten Kanzlei ob; er sorgt für ordentliche und pünktliche Ausfertigung der Erlasse und Reinschrift der Protokolle.

Der Registrator besorgt die Akten und das Rechnungswesen des Obergerichtes, sowie des Schwur-, Handels- und Kassationsgerichtes; er leistet für getreue Amtsführung eine Real- oder Personalkaution von 15,000 Franken.

Im Uebrigen wird die Vertheilung der Kanzleigeschäfte unter die Kanzleibeamten und -Angestellten durch ein Reglement geordnet.

Ich verweise auf meine Bemerkungen ad § 24.

§ 39. In den Sitzungen des Obergerichtes und seiner Kammern hat berathende Stimme derjenige Kanzleibeamte, welcher das Protokoll führt.

§ 40. Zu seiner Bedienung, sowie zur Bedienung des Schwur-, Handels- und Kassationsgerichtes und seiner Kanzlei wählt das Obergericht zwei Waibel je auf ein Jahr gleichzeitig mit der Bestellung seiner Kammern.

§ 41. Das Obergericht und seine Kammern halten ihre Sitzungen in Zürich.

§ 42. Das Obergericht steht unter der Aufsicht des Kantonsrathes. Es erstattet demselben alljährlich spätestens im Monat September Bericht über seine eigene Thätigkeit, diejenige des Schwurgerichtes, des Handelsgerichtes und aller unter seiner mittelbaren und unmittelbaren Aufsicht stehenden Behörden und Beamten, sowie über den Gang der Rechtspflege überhaupt.

Diese Rechenschaftsberichte werden von 1830 an alljährlich erstattet. Sie bilden ein sehr schätzbares historisches Material für die Rechtsentwicklung. Ihre Bedeutung wird dadurch erhöht, daß darin seit längerer Zeit eine übersichtliche Darstellung der obergerichtlichen Rechtssprechung enthalten ist. Bis jetzt sind 50 Berichte erschienen.

Cf. ad § 28.

E. Das Schwurgericht.

§ 43. Das Schwurgericht besteht aus dem Gerichtshofe und zwölf Geschwornen.

Die Jury wird von den sogenannten Politikern bewundert. Die Juristen, die auf den Grund der Sache gehen, stellen sie fast ausnahmslos als ein für die wahre Rechtsprechung ganz unbrauchbares Institut hin.

Nach meiner Ueberzeugung ist die Jury speziell für unsere Verhältnisse der Rechtsprechung schädlich. Ich habe diese Ueberzeugung schon vor zehn Jahren gehabt und sie ist durch meine Praxis im verflossenen Dezennium bestärkt worden. Für diejenigen Leute, die bei uns den Ton angeben, ist es freilich eine ausgemachte Sache, daß diese Ansicht auf eine bloße Einbildung zurückzuführen sei. Was ich hier schreibe, schreibe ich nicht für die Personen, die ihre „Ueberzeugungen" mit auf die Welt bringen, sondern für Solche, die gewillt sind, nachzudenken.

1. In unsern Verhältnissen fehlt jeder historische Anknüpfungspunkt für die Jury. Die Lamentationen über das gelehrte Richterthum treffen bei uns nicht zu. Ich habe nie gehört, daß unsere Richter zu gelehrt seien. Im Gegentheil: gerade das ist der Mangel unsers Richterpersonals, daß die Wissenschaftlichkeit und die reine theoretische Bildung zu wenig bei ihm repräsentirt ist. Bei uns bestehen ja die untern Gerichte — einzig ausgenommen bei einem Theile städtischer Richter — aus dem Laienelemente. Unter diesen Umständen hat es keinen Sinn und Verstand zu sagen, daß das Geschwornengericht die Vertretung des Laienelementes übernehme.

Die „Fesseln der Scholastik", von denen Seuffert nach dem Citat Wellmann's (Geschworne oder Schöffen? pag. 134) träumt, waren bei uns nie vorhanden und unser Recht kann daher auch nie dahin „zurücksinken."

Es wird erzählt, daß der große Pandektist Keller auf die Mittheilung, man wolle bei uns die Jury einführen, gesagt habe: „Sind denn euere Richter wirklich noch nicht dumm genug"?

Uebrigens ist natürlich auch jene Gegenüberstellung vollkommen falsch. Der Geschworne ist nicht nothwendig Laie. Ueberhaupt ist die Frage die: welche Personen sind eher geeignet, das Recht anzuwenden. Sind es Diejenigen, die das Recht theoretisch und praktisch studirt haben oder Diejenigen, die davon nichts verstehen? Es ist eine auffallende Thatsache, daß die Beantwortung dieser Frage so eigenthümlich lautet. Die natürlichste Antwort wäre doch, wie mir scheint, die: der Richter muß das Recht kennen, um gehörig urtheilen zu können. Wenn ein Jurist sagen würde, er wolle Schuhe machen oder er wolle ein Haus bauen oder er wolle einer Apotheke vorstehen oder gar über spezifisch kaufmännische Angelegenheiten reden: Jeder würde ihn auslachen und sagen, ne sutor ultra crepidam. Wenn es sich aber um die Untersuchung der schwierigsten Rechtsfragen handelt, da will bei uns Jeder seine Meinung sagen und Jeder urtheilt kühn und munter. Jeder findet es ganz selbstverständlich, daß er im Stande sei, das zu thun. Ich gestehe, daß ich diese Begriffsverwirrung und diesen Hochmuth nicht kapire.

Woher kommt dieser Uebermuth des Laienelements? Wir leben in einem Lande, in dem die reine Wissenschaftlichkeit nicht allgemein geschätzt, sondern die Routine und der sogenannte „gesunde Menschenverstand" auf den Thron gesetzt wird. Die undefinirte und undefinirbare Größe des gesunden Menschenverstandes dominirt Alles. Was anderswo methodisch und systematisch erlernt werden muß, das soll bei uns der gesunde Menschenverstand fertig bringen. Schon diese Bezeichnung ist verkehrt. Sie erzeugt die Wahnidee, als ob das positive Wissen und das abstrakte Denken eine Krankheit sei und das Nichtwissen die Gesundheit repräsentire.

Man hat zwar früher behauptet, es sei nicht nöthig, daß unsere Richter Juristen seien, weil wir unter einfachen Verhältnissen und in einem kleinen Lande leben. Indessen hat Keller (Die neuen Theorien in der zürcherischen Rechtspflege 1828, p. 29/30) darauf die zutreffende Antwort gegeben: Ob die Rechtsverhältnisse einfach oder verwickelt, die Prozesse leicht oder schwer zu beurtheilen seien, hängt nicht von der Zahl der Quadratmeilen ab, welche das Land hält. Vielmehr werden die ökonomischen Verhältnisse in einer Zeit angestiegener Cultur, weit verbreiteten Handels, ausgedehnter Gewerbe sich mehr und häufiger entwickeln als in der Kindheit des Volks, in einem patriarchalischen Zustande, worin wir uns wahrlich nicht mehr befinden.

Leider haßt die „reine" Demokratie die Ehrerbietung für Alles, was groß und schön ist. Sie erkennt auch keine Oberherrschaft der Bildung und Intelligenz an. Deßwegen ist auch meine Hoffnung, daß die Sache bei uns anders werde, eine sehr geringe.

Aber ich resümire dahin. Wenn man nicht im Rechtswesen bei uns Alles auf den Kopf zu stellen geneigt wäre, müßte man eingestehen: Das Recht fordert gelehrte Richter in erster und zweiter Instanz oder wenigstens solche Personen, die durch ihre besondern und langen Erfahrungen geeignet sind, ihm zu dienen.

Wenn man dies aber nicht glaubt erreichen zu können, so ist es doch ein verkehrter Gang zu sagen: Wir nehmen die schwierigsten Strafrechtsfälle unsern ständigen Richtern weg und liefern sie Leuten anheim, von denen wir wissen, daß die Meisten von der Jurisprudenz nichts verstehen.

Ich verweise in dieser Beziehung auf eine überaus geistreiche Schrift von Binding: Die drei Grundfragen der Organisation des Strafgerichts

(Leipzig 1876) namentlich p. 20 ff. Ich unterstütze seine Ausführungen **mot par mot.**

2. Die Jury soll nach kontinentalen Begriffen über die Thatfrage und nicht über die Rechtsfrage entscheiden: Die Geschwornen sollen **juges du fait** und die Richter **juges du droit** sein. Diese Entzweischneidung der Rechtsfälle ist eine logische Unmöglichkeit. Dies hat die Erfahrung auch bei uns sattsam gezeigt. Ich verweise übrigens auch hier bezüglich jener Chimäre auf Binding l. c. p. 34 ff. p. 69 ff. und Binding: Grundriß des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts (Leipzig 1881) p. 74 und 75.

3. Die Jury läßt sich vermöge des kleinen Rechtsterritoriums, das ein schweizerischer Kanton einnimmt, leicht durch politische und lokale Gründe leiten. Der ständige Richter — auch wenn er aus dem Laienelement genommen wird — steht viel unabhängiger da. Der Gehorsam gegen das Recht muß erlernt werden und um gute Urtheile zu fällen, bedarf der gesunde Menschenverstand der Schulung.

Der Geschworne ist ein „Gelegenheitsrichter" und daher lange nicht so gut im Stande, das Richtige zu erkennen. Von besonderer Schädlichkeit ist die Thatsache, daß die geschäftigen Zeitungs-Reporter sofort bei der Hand sind, die Untersuchungen vor Aktenschluß zu publiziren und die öffentliche Meinung zu leiten, wie es ihnen paßt. Dies sollte einfach und rundweg verboten werden. Vor kurzer Zeit fand sich ein Schwurgerichtsreferent autorisirt, vom hohen Rosse herab gegen einen Verhafteten zu sagen: „Das öffentliche Urtheil über denselben ist ein seltenermaßen übereinstimmendes." Auf diese Weise wird das Publikum voreingenommen, lange bevor die aus dem Publikum hervorgehenden Geschwornen das Urtheil zu fällen haben.

4. Das Urtheilen der Jury „nach Gewissen und nach Ueberzeugung" ist sehr problematisch. Weit beruhigender ist für mich das Jugiren auf Grund von Erwägungen, die den Parteien mitgetheilt werden. Eine besondere Zierde der Rechtspflege besteht gerade in der Nothwendigkeit der Angabe von Gründen.

Die Entscheidungen der Jury machen den Eindruck von Orakeln: Niemand erfährt, was für sie entscheidend war. Deßwegen ist bei diesem Institute auch die Appellation nicht möglich und doch ist gerade dieses Rechtsmittel ein Kleinod der Rechtsprechung. Eine wiederholte Untersuchung derselben Sache bietet die Gewähr dafür, daß das Recht zum Vorschein und zur Anerkennung gelangt. Man sagt freilich, auch die ständigen Gerichte können sich irren. Gerade deßwegen besteht aber die Möglichkeit der Appellation, um für Irrthümer eine Remedur zu schaffen. Nur die Geschwornen sind nach demagogischer Irrlehre gefeit gegen Irrthümer. Wer kapirt das?

5. Die Jury ist ein Hohn auf die Bildung. Leute, die heute am Pfluge stehen und am folgenden Tage auf der Geschwornenbank sitzen, sollen besser in der Lage sein zu urtheilen, als Diejenigen, die regelmäßig sich mit dem Rechte beschäftigen? Ich beneide diejenigen Personen nicht, die an derartige Fiktionen, auf denen das Geschwornengericht ruht, glauben können.

6. Bei der Jury kann sich auch keine Kontinuität der Rechtsprechung herausbilden. Heute wird eine Gesetzesbestimmung so und morgen anders interpretirt. Die Praxis soll aber nach meiner Ansicht einen festen Gang annehmen und nicht blindlings herumtappen.

Ist das Letztere ein wünschbares Ergebniß?

7. Die Vertheidiger der Jury verwechseln in meinen Augen zwei Dinge:

a) das Verfahren,
b) die Komposition des Geschwornengerichts.

Dieser Verwechslung macht sich auch Dubs schuldig (Das öffentliche Recht I. p. 100 ff.).

Das Geschwornengericht hat große Verdienste, indem es uns vom schriftlichen Strafprozeßverfahren gründlich kurirte und indem es die formale alte Beweistheorie über den Haufen warf.

Das Verfahren vor Schwurgericht am Sonnenlicht des Tages mit der dramatischen Abwicklung des Prozesses ist ausgezeichnet. Diese Errungenschaft des öffentlichen und mündlichen Verfahrens wollen wir nicht mehr preisgeben. Aber daraus folgt nicht, daß das Institut der Jury überhaupt gut sei.

Ich theile darnach ganz die Ansicht von Ihering (Der Zweck im Recht I. p. 411) der sagt:

„Ich bin der Ueberzeugung, daß eine Zeit kommen wird, die im sichern Besitz der gewonnenen Rechtssicherheit den Geschwornen zurufen wird: Der Mohr hat seine Schuldigkeit gethan, der Mohr kann gehen. Denn ein Mohr ist er und bleibt er, und alle Kunst seiner Anhänger wird nicht im Stande sein, ihn weiß zu waschen — es wird aber noch viel Seife darauf gehen, bevor man sich davon allgemein überzeugt.“

Jedenfalls rufe ich denjenigen schweizerischen Kantonen, die das Institut der Jury noch nicht haben, zu: Führt es nicht ein und ihr werdet damit der Wissenschaft und der Praxis einen Dienst erwiesen haben. Ich verweise auch auf Planta in der Zeitschrift für schweizerisches Recht VI. p. 29—46 und auf Rüscheler in der Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege IV. p. 456—464.

Wenn man mich frägt, was an die Stelle der Schwurgerichte gesetzt werden soll, so antworte ich einfach: Die Bezirksgerichte oder noch richtiger das kantonale Obergericht — aber unter Beibehaltung des jurymäßigen Verfahrens.

§ 44. Der Gerichtshof besteht aus dem Präsidenten und zwei Richtern. Dieselben werden für jede Schwurgerichtssitzung durch das Obergericht ernannt, welches zugleich auf den Fall der Verhinderung für den Präsidenten einen Stellvertreter und für die Richter Ersatzmänner bezeichnet.

Die Ernennung hat wenigstens drei Monate vor Abhaltung der Schwurgerichtssitzung zu geschehen.

Wählbar sind alle Mitglieder des Obergerichtes und der Bezirksgerichte.

§ 45. Der Präsident des Schwurgerichtes bezeichnet den Gerichtsschreiber aus den Kanzleibeamten des Obergerichtes oder im Falle der Verhinderung derselben aus denjenigen der Bezirksgerichte.

§ 46. Zur Ausfällung eines Urtheils und zur Fassung irgend eines Beschlusses muß der Gerichtshof vollständig besetzt sein.

§ 47. Die Funktionen des Schwurgerichtshofes sind in der Regel mit der Genehmigung des Protokolles seiner Sitzung beendigt.

Kann für allfällig nachträglich erforderliche Schlußnahmen der Gerichtshof nicht mehr besammelt werden, so tritt an dessen Stelle die Anklagekammer des Obergerichtes.

Der zweite Absatz des § 47 schafft ein Korrektiv gegen die ephemere Existenz dieser Spezialität von Gerichten.

§ 48. Die Sitzungen des Schwurgerichtes finden in Zürich, Winterthur und Pfäffikon statt.

An jedem dieser Orte tritt das Schwurgericht in der Regel zwei Mal im Jahre zusammen.

Das Obergericht bestimmt den Zeitpunkt und den Ort der Sitzungen.

Dieses Herumreisen ist eine höchst unglückliche Nachahmung der englischen Verhältnisse. In England hat jene Einrichtung Sinn und Verstand, nicht aber in unsern kleinen Verhältnissen. Der sonst schon ruinös theure Apparat des Schwurgerichts wird durch jene Vorschrift noch mehr vertheuert.

§ 49. Das Schwurgericht wird bedient durch die Obergerichtsweibel oder durch Angestellte, welche der Präsident desselben zu bezeichnen hat.

F. Das Handelsgericht.

§ 50. Der Kanton hat ein Handelsgericht. Dasselbe besteht aus zwei Mitgliedern des Obergerichtes und dreißig kaufmännischen Richtern.

Die Institution des Handelsgerichts existirt in unserm Kantone noch nicht lange. Seine Einführung datirt vom 29. August 1865. Damals wurde im „Verfassungsgesetz betr. die Aufstellung von Handels- und Gewerbegerichten“ beschlossen:

„Die Aufstellung und Einrichtung von Handels- und Gewerbegerichten mit oder ohne Instanzenzug bleibt dem Gesetze überlassen“ (Off. zürcher. S. XIII. p. 513).

Cf. Goll: Ueber Einführung eines Handelsgerichts im Kant. Zürich (1860).

Auch diese Spezialität von Ausnahmsgerichten ist bekanntlich sehr diskutabel. Das Hauptargument dagegen ist und bleibt, daß es sich nicht um Entscheidung von Geschäftssachen, sondern um diejenige von kommerziellen Rechtsfragen handelt. Ich verweise auf meine Bemerkungen in König's Zeitschrift XIV. p. 593/4. — Ein weiterer Grund, der gegen die Handelsgerichte spricht, ist die Zerbröckelung des Gerichtswesens überhaupt. Die zürcherischen Kaufleute selber haben den Beweis für die Begründetheit dieser Furcht geliefert. Die Effektenbörse und Getreidebörse haben eigene Gerichte (Schiedsgerichte) gegründet.

Gegenüber dem Geschwornengerichte besteht nach unserm Gesetze der immense Vortheil des Handelsgerichts darin, daß wenigstens zwei Juristen bei der Urtheilsfindung mitwirken. Diese Thatsache bürgt dafür, daß eine gegenseitige Belehrung im Gerichte stattfindet.

Das Institut unseres Handelsgerichts krankte namentlich an der Thatsache, daß gegen seine Entscheidungen eine Appellation nicht möglich war. Hier hat sich so recht eigentlich wieder die Wohlthat einer II. Instanz gezeigt. Goll hatte s. Z. (l. c. p. 36) ein Handelsappellationsgericht proponirt. Durch Annahme des schweizerischen Obligationenrechtes ist jetzt vom 1. Jan. 1883 an dem Mangel abgeholfen. Kraft Art. 29 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (vom 27. Juni 1874) können auch alle handelsgerichtlichen Haupturtheile, bei welchen ein Hauptwerth von wenigstens 3000 Fr. in Frage liegt, an das Bundesgericht gezogen werden.

§ 51. Das Obergericht bezeichnet die zwei Mitglieder dieser Behörde, welche dem Handelsgerichte angehören sollen, und wählt aus ihnen den Präsidenten.

Es bestellt aus seinen Kanzleibeamten die Kanzlei des Handelsgerichtes und ernennt für die rechtskundigen Mitglieder zwei Ersatzmänner aus den Mitgliedern des Obergerichtes.

Von unschätzbarem Vortheil war es für unser kantonales Handelsgericht, daß seit seinem Bestehen dasselbe Mitglied des Obergerichtes ihm präsidirte. Gewiß hat man auch alle Ursache gehabt, demselben bei seinem Ausscheiden (1881) für die ausgezeichneten Dienste zu danken.

§ 52. Die kaufmännischen Richter werden durch den Kantonsrath gewählt aus einer von der Kommission für das Handels-, Fabrik- und Gewerbewesen gebildeten Liste von zweifacher Zahl der zu besetzenden Stellen.

Das kaufmännische Richterthum ist ein Ehrenamt. Soll das Institut gedeihen, so müssen namentlich auch die tüchtigsten und gebildetsten Kaufleute sich dieser öffentlich rechtlichen Pflicht unterziehen.

§ 53. Zur Wahl dürfen bloß Stimmberechtigte vorgeschlagen werden, welche im Ragionenbuch eingetragen sind und seit mindestens fünf Jahren ein Handelsgeschäft betreiben, oder, sofern sie nicht im Ragionenbuch eingetragen sind, während mindestens zehn Jahren ein Handelsgeschäft betrieben haben.

Cf. das Gesetz über das Ragionenwesen (Off. S. IV. p. 38).

§ 54. Die Amtsdauer eines kaufmännischen Richters beträgt sechs Jahre. Die Integralerneuerungswahl findet jeweilen mit derjenigen des Obergerichtes statt.

Die aus dem Obergerichte gewählten Mitglieder und Ersatzmänner werden alljährlich bei Bestellung der Kammern des Obergerichtes mit Wiederwählbarkeit erneuert.

§ 55. Das Amt eines kaufmännischen Richters kann nur aus erheblichen Gründen abgelehnt oder vor Ablauf der Amtsdauer niedergelegt werden. Der Kantonsrath entscheidet diesfalls nach Einholung eines Gutachtens der Kommission für das Handels-, Fabrik- und Gewerbewesen und des Handelsgerichtes.

§ 56. Das Handelsgericht wird mit zwei Mitgliedern des Obergerichtes und fünf kaufmännischen Richtern besetzt.

Jede Partei ist berechtigt, zwei kaufmännische Richter ohne Angabe von Gründen abzulehnen; eine diesfällige Erklärung muß jedoch spätestens vier Tage vor der Hauptverhandlung abgegeben werden.

Cf. § 102 und ad § 548.

Aus dem Schlußsatze des § 56 („eine diesfällige Erklärung" 2c.) folgt nicht unbedingt und nicht absolut, daß zwischen der Ladung zum Termine und der Tagfahrt nothwendig mehr als vier Tage liegen müssen (Z. XX. p. 380/1). Immerhin ist die Regel die, daß bei Citationen nicht unter eine Woche hinabgegangen werden soll (cf. § 197).

§ 57. Die kaufmännischen Richter wechseln alle vier Monate in einer durch das Obergericht zu bestimmenden Kehrordnung.

Es können jedoch auch Mitglieder außerhalb der Kehrordnung einberufen werden, sofern die im Amte stehenden Mitglieder verhindert sind oder abgelehnt werden, oder wenn es sich um eine schiedsgerichtliche Entscheidung handelt.

Absatz 1 enthält eine kaum praktische Bestimmung. Betreffend schiedsgerichtliche Entscheidungen vide § 102.

§ 58. Das Handelsgericht hält seine Sitzungen in der Regel in Zürich.

§ 59. Das Handelsgericht steht unter der Aufsicht des Obergerichtes, dem es jährlich über seine Verrichtungen Bericht erstattet.

Es dürfte wohl richtiger sein, die zwischen dem Obergerichte und dem Handelsgerichte bestehende „Personalunion" (wie Schneider in Schauberg's Zeitschrift Neue Folge II. p. 228/9, sagt) überhaupt zu lösen.

Diese Neuerung würde es namentlich ermöglichen, daß ältere Juristen (Richter oder Advokaten) die Stelle eines Handelsrichters übernehmen könnten, während sie davor zurückschrecken, als Mitglieder des Obergerichtes die außerordentliche Geschäftslast zu bewältigen.

G. Das Kassationsgericht.

§ 60. Das Kassationsgericht besteht aus neun Mitgliedern und fünf Ersatzmännern, welche vom Kantonsrathe jeweilen nach seiner zweiten Gesammterneuerung gleichzeitig mit dem Obergerichte auf eine Amtsdauer von sechs Jahren gewählt werden.

Nicht wählbar sind die sämmtlichen übrigen Gerichtsbeamten, sowie die besoldeten kantonalen Verwaltungs- und Vollziehungsbeamten.

Die Zahl der Kassationsrichter ist für unser kleines Territorium viel zu groß. Es hält denn auch schwer, geeignete Kräfte zu finden, die über dem Appellationsgerichte stehen.

Die Novelle hat den Wirkungskreis des Kassationsgerichtes erhöht (cf. §§ 112, 707 und 1090 Nr. 2).

Die später — nach Einführung des schweizerischen Obligationenrechtes — zulässige Oberappellation an das Bundesgericht wird dem kantonalen Kassationsgerichte die wichtigsten Geschäfte wegnehmen.

Gegen friedensrichterliche Urtheile ist das Bezirksgericht Kassationsinstanz (§ 26, 84 a, 459, 663 i. f.), gegen Entscheidungen des Bezirksgerichtspräsidenten als Einzelrichter die Appellationskammer des Obergerichts (§ 468), gegen die inappellabeln Verfügungen des Bezirksgerichtspräsidenten im summarischen Verfahren die Rekurskammer (§ 104).

§ 61. Aus den Mitgliedern des Kassationsgerichtes wählt der Kantonsrath selbst für die ganze Amtsdauer des Gerichtes einen Präsidenten und einen Vizepräsidenten.

§ 62. Das Kassationsgericht muß immer mit neun Mitgliedern besetzt sein.

§ 63. Für Kanzlei, Rechnungsführung und Bedienung stehen dem Kassationsgerichte die Kanzleibeamten und die Waibel des Obergerichtes zur Verfügung.

§ 64. Das Kassationsgericht hält seine Sitzungen in Zürich.

§ 65. Das Kassationsgericht steht unter Aufsicht des Kantonsrathes, dem es jährlich über seine Thätigkeit einen mit demjenigen des Obergerichtes zu verbindenden kurzen Bericht erstattet.

II. Abschnitt.

Die Anklagebehörde.

§ 66. Als Anklagebehörde fungiren:

a) bei den Bezirksgerichten die Statthalterämter und deren Adjunkte;

b) beim Obergerichte, Schwurgerichte und Kassationsgerichte die Staatsanwaltschaft.

§ 67. Die Stellen eines Staatsanwaltes und eines Adjunkten des Statthalteramtes sind unvereinbar mit jeder andern besoldeten Stelle und mit der berufsmäßigen Vertretung dritter Personen vor Gericht.

Der Staat kann sich der Anklagebeamten zu seiner Vertretung auch in Zivilsachen bedienen.

A. Die Statthalterämter.

§ 68. In allen Bezirken außer Zürich und Winterthur werden die strafrechtlichen Verrichtungen des Statthalteramtes vom Statthalter selbst und nöthigenfalls von seinem ordentlichen Stellvertreter besorgt.

Bei den Statthalterämtern Zürich und Winterthur bestehen besondere Abtheilungen für Strafsachen. Die strafrechtlichen Verrichtungen sind im Bezirke Zürich drei Statthalteramtsadjunkten, von denen dem ersten die Vertheilung der Geschäfte zusteht, im Bezirke Winterthur einem Statthalteramtsadjunkten übertragen.

Der Regierungsrath ist ermächtigt, nöthigenfalls Anordnungen für zeitweise Aushülfe bei den Statthalterämtern zu treffen.

Der zweite Absatz des § 68 enthält in seiner jetzigen Fassung eine durch die Novelle eingeführte Neuerung.

Die Strafrechtsjustiz setzt zumal beim Beginne der Untersuchung sehr gewandte, tüchtige und erfahrene Beamte voraus. Leider wählt man bei uns zuweilen zu diesen Stellen ganz junge Leute. Die Gewandtheit derselben steht häufig im umgekehrten Verhältnisse zu der Schlauheit der Verbrecher.

§ 69. Die Adjunkte werden von den Stimmberechtigten des Bezirkes in gleicher Weise und mit gleicher Amtsdauer gewählt wie der Statthalter, und üben ausschließlich unter eigener Verantwortlichkeit und unter der unmittelbaren Aufsicht der Staatsanwaltschaft alle dem Statthalteramte obliegenden strafrechtlichen Verrichtungen aus, mit einziger Ausnahme der Untersuchung und Bestrafung der Polizeiübertretungen.

§ 70. Ist ein Adjunkt vorübergehend an der Ausübung seiner Verrichtungen verhindert, so besorgt dieselben im Bezirke Winterthur der Statthalter, im Bezirke Zürich ein anderer Adjunkt.

Bedarf ein Adjunkt für längere Zeit eines Stellvertreters, so wird dieser auf Kosten des Adjunkten durch den Regierungsrath bestellt. Der Regierungsrath kann an diese Kosten einen angemessenen Beitrag verabreichen.

Der Schlußsatz von Absatz 2 ist durch die Novelle eingeführt worden. Er ist offenbar zu billigen.

§ 71. Bei jedem Statthalteramte wird über die Weisungen und Verfügungen in Strafsachen ein eigenes Protokoll geführt.

§ 72. Die Statthalterämter sind mit Bezug auf ihre sämmtlichen strafrechtlichen Verrichtungen der Staatsanwaltschaft untergeordnet.

In Folge dieser Bestimmung sind alle Rügen, welche das Gericht aussprechen möchte über die Art der Führung einer Prozedur (Langsamkeit, mangelhafte Erhebung des Thatbestandes, fehlende Lokalskizze ꝛc.), dem Staatsanwalte zu hinterbringen. Dieser Umweg dient oft dazu, daß wahrgenommene Schäden überhaupt nicht signalisirt und nicht abgestellt werden.

B. Die Staatsanwaltschaft.

§ 73. Die Staatsanwaltschaft besteht aus einem ersten und zweiten Staatsanwalte.

Dieselbe hat einen Kanzlisten und einen Waibel, deren Wahl dem ersten Staatsanwalte zusteht. Der Kanzlist wird auf drei Jahre, der Waibel auf ein Jahr gewählt.

Dem ersten Staatsanwalte steht die Vertheilung der Geschäfte zwischen den beiden Staatsanwälten zu.

Auch hier gilt meine Bemerkung ad § 68. Es ist sicherlich verkehrt, zu diesem äußerst wichtigen Posten Leute zu wählen, denen Erfahrung und umfassendes Studium der Jurisprudenz abgeht. Es kam bei uns vor, daß Juristen zu diesem Posten ernannt wurden, die eben von der Universität abtraten. Daß vollends die theologische Vorbildung einen Rechtstitel auf jene Stelle geben würde, hat die Neuzeit darthun müssen.

Es fehlt leider bei uns an einer gehörigen Bezahlung der so wichtigen und verantwortungsreichen Stelle. Wäre dieser Punkt anders normirt, so würde es an der Auswahl ausgezeichneter Kräfte sicherlich nicht fehlen.

§ 74. Ist einer der Staatsanwälte für länger als acht Tage an der Ausübung seiner Funktionen verhindert, so soll er

beim Regierungsrathe um Urlaub nachsuchen. In diesem Falle, sowie überhaupt, wenn dringende Geschäfte es erfordern, kann der Regierungsrath außerordentliche Stellvertreter der Staatsanwaltschaft ernennen.

§ 75. Die Staatsanwaltschaft hat ihren Amtssitz in Zürich.

§ 76. Mindestens einmal im Jahre soll die Staatsanwaltschaft die Amtsführung der Statthalterämter an Ort und Stelle untersuchen.

Eine sorgfältige Inspektion hätte in mehrfachen Richtungen Stoff zu Anweisungen. An einzelnen Orten dauern die Untersuchungen entschieden zu lange. Oft und viel fehlen auch die nöthigen Erhebungen betreffend die Lokalität.

§ 77. Die Staatsanwaltschaft steht unter Aufsicht des Regierungsrathes; sie vollzieht die Aufträge und Weisungen des Regierungsrathes in Strafsachen und erstattet demselben alljährlich Bericht über ihre Verrichtungen sowie über diejenigen der Statthalterämter, soweit letztere unter ihrer Aufsicht stehen.

Was die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Staatsanwaltschaft anbetrifft, so hat sich darüber die Appellationskammer (Beschluß vom 30. Aug. 1881 Peter) dahin ausgesprochen:

Die Staatsanwaltschaft gehört nicht eigentlich zu den Verwaltungsbehörden, aber ebenso wenig zu den richterlichen Beamten, deren Verantwortlichkeit gegenüber den Privaten durch § 1852 festgesetzt ist. Sie steht bezüglich der Natur ihrer Funktionen zwischen diesen beiden Beamtenklassen in der Mitte. Da aber unser Gesetz keine Bestimmung enthält, welche sich speziell auf die Verantwortlichkeit der Staatsanwaltschaft aus culpa bezieht, und diese Verantwortlichkeit sowohl bei Verwaltungs- als bei richterlichen Beamten ganz die gleiche ist, so finden diejenigen Grundsätze offenbar auch bei der Staatsanwaltschaft Anwendung, welche bei jenen Beamten gelten und in § 1854 und 1852 niedergelegt sind. Der Staatsanwalt haftet also für culpa lata. Mit dieser Haftpflicht darf es da, wo Private nicht freiwillig ein Werthobjekt den Behörden anvertrauen, sondern wo sie dazu gezwungen werden, nicht allzu leicht genommen werden. — Dabei wurde erklärt, daß hier auch § 1841 angerufen werden könne. Gleichzeitig wurde hinzugefügt, daß der Ausdruck „Rechtsmittel" in § 1852 („vorausgesetzt, daß nicht der Beschädigte durch Anwendung von Rechtsmitteln den Schaden hätte gut machen können und solches versäumt hat") sich nicht blos bezieht auf die außerordentlichen Rechtsmittel (Kassation und Revision) und nicht blos auf das Rekursrecht und die Appellation, sondern überhaupt alle diejenigen rechtlichen Mittel umfaßt, deren Anwendung von einem auch nur einigermaßen sorgfältigen Manne erwartet werden dürfe.

III. Abschnitt.

Kompetenz der Gerichte.

A. Die Friedensrichter.

§ 78. Der Friedensrichter entscheidet endlich, d. h. inappellabel, alle nicht durch Spezialgesetze einer andern Instanz

zugewiesenen Zivilstreitigkeiten, deren Betrag fünfzig Franken nicht übersteigt.

Er ist befugt, und auf Verlangen einer Partei verpflichtet, zur Beweisabnahme und Urtheilsfällung zwei Beisitzer aus den Geschwornen des Wahlkreises, welchem seine Gemeinde angehört, zuzuziehen. Hiebei steht den Parteien ein Ablehnungsrecht zu. Das bei der Auswahl der Beisitzer zu beobachtende Verfahren wird durch eine obergerichtliche Verordnung geregelt.

Früher war bei uns der Friedensrichter einzig Sühnbeamter. Leider wurde durch das Gesetz von 1874 diese Stellung dadurch getrübt, daß es dem Friedensrichter eine Gerichtsbarkeit bis auf 50 Fr. einräumte. Damit ist eine dualistische Figur geschaffen: auf der einen Seite erscheint der Friedensrichter als ein juristischer Pastor und auf der andern Seite als ein judex. Ich habe mich umsonst gegen diese Neuerung ausgesprochen (cf. meine Broschüre p. 23—26). Auch Dubs (das öffentliche Recht der Eidg. I. p. 95) sagt: Wo man anfängt, den Friedensrichtern auch entscheidende Kompetenz zu geben, so degeneriren sie oder verwandeln sich in Bagatelldorfrichter.

Freilich wollte man das Prinzip der kollegialischen Behandlung nicht unbedingt preisgeben. Daher rührt Absatz 2 des § 78. Dies ist aber in meinen Augen ein verfehlter Versuch, das kollegialische Verfahren zu retten.

Cf. § 10 ff., §§ 448—459.

§ 79. Im Uebrigen ist der Friedensrichter lediglich Sühnbeamter.

Cf. § 294 ff. und die obergerichtliche Verordnung vom 19. Christmonat 1874 §§ 1—23.

Die Zollstation des Rechtes gilt indessen in folgenden Fällen nicht:

1. Bezüglich der Klagen auf Bevormundung wegen Verschwendung, wegen Entziehung der väterlichen Gewalt oder ehelichen Vormundschaft oder auf Sicherstellung des Weibergutes (cf. § 536).
2. Bezüglich der Konkursstreitigkeiten (§ 107 des Gesetzes betr. das Konkursverfahren).
3. Wenn Zivilansprüche im Strafprozesse auf dem Wege der Adhäsion zur Beurtheilung gelangen (§ 907).
4. In denjenigen Fällen, die erst- und letztinstanzlich vom Bundesgerichte entschieden werden (cf. ad § 224).
5. Wenn vertraglich Privatpersonen zu Schiedsrichtern bestellt sind.
6. Bezüglich der summarischen Prozesse (§ 550 ff.).
7. Im Falle des § 590.
8. Im Falle des § 244.
9. Bei der direkten Hinüberleitung einer Streitigkeit aus dem summarischen in das ordentliche Verfahren des Bezirksgerichtspräsidenten (§§ 462, 564 und 565).

Ueberdieß kann das Friedensrichteramt umgangen werden:

1. in besonders dringlichen Fällen handelsgerichtlicher Natur (§ 542.2);
2. in den Fällen der §§ 461 und 462. Bei den Spezialitäten des § 461 übernimmt der Gerichtspräsident die pastorale Rolle des Friedensrichters;
3. wenn § 908 zutrifft;
4. unter Umständen im Falle einer Widerklage (§§ 219, 333 und 471.2).

Endlich verweise ich auf Ullmer's Kommentar Nr. 81 und 82 (ad § 39 des Zivilgesetzes). — Es kommt vor, daß die Bezirksgerichte als Schiedsgerichte vereinbart werden. In einem solchen Falle wird es am richtig-

sten sein, wenn der Streit durch eine friedensrichterliche Weisung anhängig gemacht wird. Dieser Gang entspricht dem normalen Verfahren. Auch hier kommen dannzumal die citirten Präjudizien Nr. 81 und 82 zur Anwendung.

B. Die Bezirksgerichte und deren Präsidenten.

1. Die Bezirksgerichtspräsidenten.

§ 80. Der Bezirksgerichtspräsident entscheidet im ordentlichen Verfahren unter Mitwirkung des Gerichtsschreibers endlich, d. h. mit Ausschluß von Appellation und Rekurs, alle Zivilstreitigkeiten, deren Betrag den Werth von fünfzig, jedoch nicht von zweihundert Franken übersteigt.

Insofern eine Partei rechtzeitig es verlangt, ist der Bezirksgerichtspräsident verpflichtet, zu den Verhandlungen und zur Urtheilsfällung zwei Mitglieder des Bezirksgerichtes nach bestimmter Kehrordnung zuzuziehen.

Cf. § 460—468.

Diese Einzelkompetenz ist durch das Gesetz von 1874 neu eingeführt worden. Auch hier wurde die Möglichkeit kollegialischer Behandlung der Sache vorbehalten (cf. § 463).

Das Einzelrichterthum hat den großen Nachtheil, daß es die Verantwortlichkeit der Entscheidung auf eine einzige Schulter wälzt, während die kollegialische Behandlung der Prozesse weit solidere Garantien darbietet für eine gute Rechtsprechung.

Daneben führt diese Einrichtung dazu, den kleinen bei uns bestehenden Formalismus noch zu vermindern. An Formenleere und Würdelosigkeit krankt unser Verfahren. Man mag bei uns lachen über die Perrücken der englischen Advokaten, über die farbenreichen Talare der Richter, man mag es unnütz finden, wenn in den Gerichtssälen monarchischer Staaten eine Waage als Sinnbild der Justiz an erhabenem Posten steht, oder wenn dort das Bild des Monarchen thront oder wenn große Lettern verkünden „la legge è eguale per tutti“: Die ungeheure Macht der Formen auf den Menschen ist doch nicht wegzuläugnen und auch der nüchternste Republikaner wird eingestehen müssen, daß jene Formalitäten auf Richter, Advokaten und Parteien einen großen Einfluß ausüben und mit unwiderstehlicher Gewalt sie zwingen, auch ihrerseits dem Gesetze der Formen zu huldigen. Und ich meine, es sei unklug und thöricht, daß dieser staatsrechtlich verwendbare Werth der Formen einfach und radicitus lahm gelegt wird und daß man allein das körperlose Wort verehren will. Wer kann sich übrigens begeistern für die grenzenlose Formenleere, die in unserm Verfahren herrscht und mehr und mehr noch ärger einreißt?

§ 81. Der Bezirksgerichtspräsident verfügt im summarischen Verfahren:

a) endlich bei Beträgen, beziehungsweise Streitwerthen, bis zu fünfzig Franken;

b) erstinstanzlich bei allen höheren Beträgen und Streitwerthen in allen ihm durch die Zivilprozeßordnung, das Schuldbetreibungsgesetz und anderweitige Gesetze zugewiesenen summarischen Streitigkeiten.

Der Gerichtspräsident hat nach §§ 80 und 81 wesentlich zwei verschiedene Funktionen:

1. Er ist im ordentlichen Verfahren Einzelrichter, der von 50 bis 200 Franken inappellabel entscheidet.
Seine Kompetenz setzt die inappellable Jurisdiktion des Friedensrichteramtes (die bis zu 50 Fr. geht) fort, d. h. sie beginnt da, wo die letztere aufhört. Die kollegialische Behandlung der Prozesse durch die Bezirksgerichte fängt dann da an (über 200 Fr.), wo die Kompetenz des Bezirksgerichtspräsidenten zu Ende geht.
2. Er entscheidet im summarischen Verfahren inappellabel bis auf 50 Fr. und in appellabler Weise in den laut § 81 sub b erwähnten Fällen.

Daneben ist der Gerichtspräsident noch Konkursrichter, der erstinstanzlich entscheidet (cf. §§ 91, 469 und 683). Dazu kommt noch die Befugniß laut § 82.

§ 82. Dem Bezirksgerichtspräsidenten steht eine Einzelkompetenz zu auch in denjenigen nicht streitigen Rechtssachen, welche durch spezielle Gesetze ihm zugewiesen werden, wie z. B. in Ehe- und Verlöbnißsachen, Bewilligung von freiwilligen Pfandverschreibungen 2c.

Das Gebiet der sog. Jurisdictio voluntaria ist bei uns bedeutend eingeschränkt. Die Thätigkeit bezüglich der Exekution von Judikaten ist der Hauptsache nach vom Gerichte abgetrennt und besondern Organen anheimgegeben. Ebenso verhält es sich mit Bezug auf die Bestellung von Tutoren, die Verwaltung des Pupillenvermögens 2c. So kommt es, daß unsere Gerichte in einer relativ geringen Anzahl von Geschäften die sog. freiwillige Gerichtsbarkeit auszuüben haben.

Das Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit liegt darin, daß hier nicht wie im Zivilprozeß subjektives Recht urtheilsmäßig festgestellt wird. Es handelt sich hier nur um eine verwaltende verfügende oder beglaubigende Thätigkeit des Richters. Diese neue Charakterisirung der Jurisdictio voluntaria ist betont von Schulze: das deutsche Konkursrecht (Berlin 1880) p. 151 und 152.

§ 83. Der Bezirksgerichtspräsident entscheidet in Strafsachen, welche in die Kompetenz des Bezirksgerichts fallen, über Zulassung der Anklage.

In Verhinderung des Präsidenten kann nicht etwa der Gerichtsschreiber die Anhandnahme verfügen (cf. § 998).

2. Die Bezirksgerichte.

§ 84. Die Bezirksgerichte beurtheilen als Zivilgerichte:

a) letztinstanzlich die Nichtigkeitsbeschwerden über Entscheide der Friedensrichter;
b) erstinstanzlich alle Streitigkeiten, welche nicht ausdrücklich einer andern Gerichtsstelle zugewiesen sind.

Cf. ad § 663 und 707.

§ 85. Die Bezirksgerichte beurtheilen als Strafgerichte:

a) endlich alle Fälle von Polizeiübertretungen, in welchen weder die Polizeibehörde eine größere Buße als Fr. 50 verhängt hat, noch vom Gerichte eine größere Buße verhängt wird;

b) erstinstanzlich alle andern Fälle von Polizeiübertretungen, sowie alle Verbrechen und Vergehen, welche das Gesetz nicht ausdrücklich einer andern Instanz zuweist. Vorbehalten bleibt die Bestimmung des § 1011.

Ad § 85 a.

1. In diesem Falle ist nur eine Nichtigkeitsbeschwerde zulässig (cf. R.-B. 1878, Nr. 63). Der citirte Fall handelt von der Uebertretung der regierungsräthlichen Verordnung vom 24. Hornung 1877.
2. Wenn mit der Buße die Konfiskation verbotener Geräthe, z. B. der Geräthe von Fischern, verbunden war, so fällt der Werth derselben neben dem Betrag der Buße in Anschlag (Urtheil des Obergerichts Reutemann 15. März 1877).
3. Ist von der Polizeibehörde die Buße in höherem Betrage als von 50 Fr. verhängt, vom Gerichte aber auf diesen Betrag reduzirt worden, so kann appellirt werden (Obergerichtliches Urtheil Witzmann 6. Dez. 1877).

§ 86. Die Bezirksgerichte dürfen auf Zuchthausstrafe gar nicht und auf Arbeitshausstrafe nur bis zu drei Jahren erkennen; dagegen sind sie befugt, alle übrigen gesetzlichen Strafarten zu verhängen.

§ 87. Wenn das Bezirksgericht für ein Vergehen, das in seine Kompetenz fallen würde, eine seine Befugniß übersteigende Strafe für nothwendig erachtet, oder wenn im Laufe einer bei demselben anhängigen Untersuchung ein seine Kompetenz übersteigendes Verbrechen zum Vorschein kommt, so hat dasselbe die Akten der Staatsanwaltschaft zum Behufe der Ueberweisung an das zuständige Gericht zu übermachen.

Die Staatsanwaltschaft kann entweder dem diesfälligen Beschlusse Folge geben oder über denselben bei der Appellationskammer des Obergerichtes Beschwerde führen.

Wenn das Bezirksgericht in einer Untersuchung betreffend Körperverletzung findet, es treffe § 138 litt. a und nicht § 138 b oder c des Strafgesetzbuches zu und wenn es sodann unter Abschreibung des Prozesses die Akten der Staatsanwaltschaft übermittelt, so kann der Angeklagte hiergegen nicht rekurriren. Die Appellationskammer äußert sich unter Verweisung auf § 87 (R.-B. 1879, Nr. 58) diesfalls dahin:

Es ist zunächst Sache der Staatsanwaltschaft, zu prüfen, ob der Beschluß auch materiell begründet ist und ob sie Anklage beim Schwurgericht stellen wolle oder nicht. Erst wenn die Staatsanwaltschaft, — sei es freiwillig oder in Folge Beschlusses der Appellationskammer — Anklage beim Schwurgericht wirklich erhoben hat und dieselbe zugelassen worden ist, kann dem Angeklagten das Recht zustehen, bezüglich der Kompetenz Beschwerde zu erheben.

§ 88. Die Bezirksgerichte behandeln alle Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche nicht ausdrücklich den Bezirksgerichtspräsidenten in ihrer Einzelkompetenz oder dem Obergerichte zur Erledigung zugewiesen sind.

Cf. ad § 82.

Ich mache auf folgende Beispiele aufmerksam, in welchen das Bezirksgericht zu fungiren hat:

a) § 165 des Zivilgesetzes (Abänderung des ehelichen Güterrechtes).
b) § 541 cit. (Erlaubniß zur Eintragung notarialischen Eigenthums im Falle der Ersitzung).
c) § 629 cit. (Zusprechung eines Fundes an den Finder).
d) § 1672 cit. (Genehmigung eines Leibdingsvertrages).

Cf. auch §§ 232, 1368, 368, 1363, 1999, 1983, 1985 und 1995 des Zivilgesetzes.

Gesuche um Getrenntleben sind nicht mehr zulässig (§ 208 des Zivilgesetzes).

Cf. auch § 314 des Prozeßgesetzes.

Das Obergericht entscheidet in den Fällen des § 108 auf Grundlage eines Antrages der Rekurskammer. In diesen Fällen kommt den Bezirksgerichten die Vorbereitung und Antragstellung zu (§ 89).

§ 89. Den Bezirksgerichten steht ferner die Vorbereitung und Antragstellung mit Bezug auf diejenigen Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu, deren Erledigung in die Kompetenz des Obergerichtes fällt.

§ 90. Die Bezirksgerichte üben die Aufsicht aus über die Friedensrichter, andere Sühnbeamte, die Gemeindammänner in ihrer Stellung als Rechtstriebbeamte, und die Notare, und beurtheilen die Beschwerden über deren Amtsführung.

Ich betone neuerdings bei dieser Gelegenheit, daß die Aufsicht speziell über die Gemeindammannämter und die Notare eine viel intensivere sein sollte. Namentlich sollte Vorsorge getroffen werden, daß zu diesem Zwecke die besonders dazu geeigneten Richter abgeordnet werden. Auch ist es natürlich höchst unpassend, den gleichen Gerichtsmitgliedern immer die gleichen Aemter zur Aufsicht zu überlassen, — wie dies auch schon geschah. Ich verweise auf meine Abhandlung: Die Schuldexekution und das Konkursverfahren im zürcherischen Rechte (Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege V. p. 105—168). Ich habe die Nothwendigkeit einer energischen Kontrole speziell l. c. p. 113 und 137 betont.

Was die Notare anbetrifft, so bin ich immer noch der Ansicht, daß man einen oder mehrere kantonale Inspektoren einführen sollte.

Die Notare stehen unter der Aufsicht des Bezirksgerichtes und des Konkursrichters.

Was die Haftpflicht der Gemeindammannämter und der Notare anbetrifft, so verweise ich ebenfalls auf die citirte Abhandlung p. 114 und 115 und p. 137 und 138.

3. Allgemeine Bestimmungen.

§ 91. Bei den Bestimmungen der §§ 80—90 bleiben vorbehalten diejenigen des Gesetzes betreffend das Konkursverfahren bezüglich der Kompetenzen des Konkursrichters und des Bezirksgerichtes als Konkursgerichtes.

Cf. § 683.

Das gegenwärtig geltende Gesetz betreffend das Konkursverfahren datirt vom Jahr 1871 (Off. S. XVI. p. 238).

Hoffentlich wird das kantonale Recht bald vom eidgenössischen abgelöst werden. Es sind diesfalls schon sehr bedeutende Vorarbeiten geliefert

worden. Ich stellte sie in der eben citirten Abhandlung (p. 111) zusammen. Dazu kommt ferner:

a) das Referat Oberer und die Thesen von Grenier für den Juristentag in Zug und die sich daran knüpfenden Berathungen (Verhandlungen des Juristenvereins 1881, p. 1—38);

b) der Gesetzesentwurf von Bärlocher (System der Pfändung).

§ 92. Die Kompetenzbestimmungen des § 80 finden auch in denjenigen Fällen Anwendung, wo durch Spezialgesetze gewisse Zivilstreitigkeiten ohne Rücksicht auf den Betrag den Bezirksgerichten zugewiesen sind, und zwar in der Meinung, daß in diesen Fällen auch bezüglich der Beträge bis zu fünfzig Franken der Bezirksgerichtspräsident an die Stelle des Bezirksgerichtes tritt.

Einzelne Gesetze haben ohne Rücksicht auf den Betrag das Bezirksgericht als erste Instanz fixirt, z. B. in folgenden Fällen:

a) Für die Frage der Entschädigung bei Entwässerungen (Off. S. XIII. p. 267, § 40).

b) Für die Entschädigung bei Brandschaden (Off. S. XIII. p. 106, § 53).

c) Für die Frage der Entschädigung bei Expropriationen (Gesetz von 1838, § 9, Off. S. V. p. 25).

Auch das neue Expropriationsgesetz vom 30. Nov. 1879 § 46 sagt: es entscheide erstinstanzlich das Bezirksgericht.

In allen diesen Richtungen ist nun § 92 maßgebend.

C. Das Schwurgericht.

§ 93. Das Schwurgericht beurtheilt:

1. alle politischen Verbrechen, wie namentlich Landesverrath und Aufruhr; ferner Meuterei von Gefangenen;
2. Münzfälschung; Münzbetrug über 150 Franken; Fälschung öffentlicher Urkunden (§ 102 des St. G. B.); Meineid; falsche Anschuldigung, sofern die verzeigte Handlung mit Zuchthaus bedroht ist; falsches Zeugniß in Strafsachen, wenn das Zeugniß sich auf ein in die schwurgerichtliche Kompetenz fallendes Verbrechen bezieht; falsches Zeugniß in Zivil- und Verwaltungsstreitigkeiten, sofern der Werth des Streitgegenstandes 150 Franken übersteigt;
3. Nothzucht; Schändung (§§ 112 und 114 des St. G. B.); Blutschande; Verführung von Pflegebefohlenen zur Unzucht; Bigamie; Kuppelei in den in § 122 lit. a und b des St. G. B. bezeichneten Fällen;
4. Mord; Todtschlag; vorsätzliche Körperverletzung mit tödtlichem Ausgang oder mit erheblichem bleibendem Nachtheil (§§ 127 und 138, lit. a des St. G. B.); Tödtung im Zweikampf; Tödtung im Raufhandel; gemeingefährliche Vergiftung; Kindsmord; Beseitigung eines neugebornen Kindes (§ 133 des St. G. B.); Abtreibung; Aussetzung hülfloser Personen; fahrlässige Tödtung;

5. Menschenraub; Entführung; schwerere Fälle widerrechtlicher Gefangenhaltung (§ 147, Satz 2 des St. G. B.);
6. Raub; Erpressung in den in § 161, lit. a und b des St. G. B. bezeichneten Fällen;
7. ausgezeichneten Diebstahl über 150 Franken; einfachen Diebstahl und Unterschlagung über 300 Franken, jedoch mit Ausnahme der Unterschlagung gefundener Sachen; Hehlerei in den in § 179, lit. b und § 180 des St. G. B. bezeichneten Fällen; böswillige Eigenthumsschädigung in den Fällen des § 181, lit. a und b des St. G. B.;
8. ausgezeichneten Betrug über 150 Franken; einfachen Betrug über 300 Franken; Fälschung des Familienstandes; betrüglichen Bankerott über 300 Franken;
9. Diebstahl und Betrug über 50 Franken in den Fällen der §§ 169 und 187 des St. G. B.;
10. vorsätzliche Brandstiftung (§§ 196 bis und mit 203 des St. G. B.); vorsätzliche gemeingefährliche Schädigung in den Fällen der §§ 206 und 207 des St. G. B., sowie an Eisenbahnen, Dampfschiffen, Posten, Telegraphen u. s. w.
11. vorsätzliche Verletzung der Amtspflicht und Mißbrauch der Amtsgewalt von Kantonal- und Bezirksbeamten und von Notaren; Bestechung (§§ 213 bis und mit 219 des St. G. B.); Amtserschleichung; vorbehalten bleiben die Bestimmungen von Art. 31, 4 der Verfassung und von § 43 des Gesetzes über eine Geschäftsordnung des Kantonsrathes;
12. alle Fälle von Preßvergehen, in denen der Kläger oder der Beklagte sich auf das Schwurgericht beruft;
13. alle übrigen Verbrechen, deren Beurtheilung die Bezirksgerichte wegen der Größe des Strafmaßes von der Hand gewiesen haben, oder deren direkte Ueberweisung an das Schwurgericht, aus gleichem Grunde, die Anklagekammer zuläßt.

Diese Gesetzesbestimmung führt die lange Reihe von Rechtsfällen auf, welche der Beurtheilung der Jury unterstellt werden müssen.

Vielleicht finden auch Diejenigen, welche im Schwurgerichte, „die Perle germanischer Rechtserfindung" (Wellmann: Geschworne oder Schöffen? Berlin 1873, p. 88) sehen, daß diese Liste viel zu groß ist. Auch der begeisterte Anhänger der Jury, Dubs (Die schweizerische Demokratie in ihrer Fortentwicklung p. 56) sagt:

Es gibt entschieden Fälle, wo eine Jury wenig paßt, auch sogar in Strafsachen. So würden wir es gerade für unsere Zeit passend erachten, wenn in Kantonen, wo Handel und Industrie stärker entwickelt sind, besondere Bankerottgerichtshöfe aufgestellt würden, welche die zivile und strafrechtliche Seite eines Bankerotts gleichzeitig zu erledigen hätten. Wo es

sich darum handelt, eine große Reihe vereinzelter einzeln nicht gerade entscheidender aber in ihrer Verbindung dem geübten Blicke doch ein deutliches Bild der rechtswidrigen Absicht gewährender Akte zu beurtheilen, da reicht die Kraft einer Jury nicht aus. Der jetzige Zustand, welcher dem kecken Schwindler und Betrüger freies Feld gibt, wirkt demoralisirend auf das Volk und erzeugt mit Recht Mißstimmung in der mit ehrlicher Arbeit sich mühsam durchkämpfenden Bevölkerung.

Ich möchte mir die Frage erlauben, ob es nicht angezeigt wäre, die Beurtheilung der in § 93, Ziff. 3 spezifizirten Fälle den ständigen Gerichten anheimzugeben?

Eine Bestimmung von zweifelhaftem Werthe ist § 93, Ziff. 12. Ein Anhänger der Jury hat am Juristentage in Zug eingestanden, daß es zuweilen vor Geschwornengericht schwer halte, zur Anerkennung der Ehre zu gelangen! Und doch hätte auch ein republikanisches Gemeinwesen ein besonderes Interesse daran, daß die Mitbürger etwas auf Ehre halten (cf. Osenbrüggen: Die Ehre im Spiegel der Zeit, Berlin 1872, p. 28).

Im Uebrigen ist hier auf einige Entscheidungen hinzuweisen.

Ad § 93, Ziff. 2.

a) Es kommt nicht darauf an, mit welcher Strafe der fälschlich Angeschuldigte in concreto belegt worden wäre, sondern welche Strafe auf die verzeigte Handlung in abstracto als Maximum gesetzt ist (Urtheil der Appellationskammer Berchtold 6. Mai 1879).

b) „Ein in die schwurgerichtliche Kompetenz fallendes Verbrechen." Gegen einen Zeugen, welcher in einem vor Schwurgericht verhandelten Ehrverletzungsprozesse angerufen worden war, wurde von der Staatsanwaltschaft Anklage wegen falschen Zeugnisses erhoben. Diese Anklage wurde aber als schwurgerichtliche nicht zugelassen, — aus folgenden Gründen (R.-B. 1879 Nr. 20):

Nach § 93, Satz 2 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege ist das Verbrechen des falschen Zeugnisses vom Schwurgericht zu beurtheilen, wenn das Zeugniß sich auf ein in die schwurgerichtliche Kompetenz fallendes Verbrechen bezogen hat. Allein jene Ehrverletzungsklage mußte nicht vom Schwurgerichte erledigt werden, sondern es geschah das nur in Folge des den Parteien eingeräumten und von ihnen benutzten Rechtes der Anrufung des Schwurgerichtes; ohne diese ausdrückliche Erklärung der Parteien wäre das Bezirksgericht kompetent gewesen. Bei § 93, 2 kommt es nur auf die Kompetenz an sich und nicht darauf an, ob der betreffende Straffall aus irgend einem Grunde durch das Schwurgericht beurtheilt worden sei.

Ad § 93, Ziff. 12.

Cf. Art. 57 der Verfassung (Off. S. XIV. p. 549) und Uebergangsbestimmung Nr. 3 des Strafgesetzbuches. Durch die letztere Bestimmung ist das Recht, Beurtheilung einer Klage wegen eines Preßvergehens durch das Schwurgericht zu verlangen, auch dem Kläger ertheilt worden (cf. auch § 1013). Nach Art. 57 der Verfassung besaß es lediglich der Beklagte. Der Kläger hat also nunmehr die Wahl, eine solche Klage entweder beim Bezirksgerichtspräsidenten oder bei der Anklagekammer einzureichen (§ 1014). Hat derselbe bei einer dieser Behörden die Klageschrift eingereicht und damit die Klage bei derselben anhängig gemacht, so ist die Wahl getroffen und es kann dieselbe nicht mehr einseitig geändert oder rückgängig gemacht werden (Schauberg's Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft, N. F. I. p. 195/6).

§ 94. Das Schwurgericht hat die Kompetenz, alle gesetzlich zulässigen Strafen zu verhängen.

Zur Erzielung einer gewissen Kontinuität der Rechtsprechung wird von besonders wohlthätigem Einflusse die Thatsache sein, daß das gleiche Mitglied des Obergerichtes dem Gerichtshofe permanent präsidirt.

D. Das Handelsgericht.

§ 95. Vor das Handelsgericht gehören alle Zivilprozesse zwischen Personen, welche im Ragionenbuch eingetragen sind, sofern

1. der Streit sich auf das von dem Beklagten betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt bezieht;
2. der Streitwerth die Summe von 500 Franken übersteigt.

Wo Spezialgerichte existiren, besteht auch regelmäßig ein Streit über die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen den ordentlichen und jenen Ausnahms-Gerichten. Es sind hier eine Reihe von Entscheidungen zu citiren.

Was die Eintragung im Ragionenbuche (Off. kant. S. IV. p. 38) anbetrifft, so hat das Obergericht als frühere Kassationsinstanz des Handelsgerichtes ausgesprochen, ein bloßer Prokurist sei nicht als dort „eingetragen" zu betrachten mit Bezug auf Ansprüche, die sich nicht auf seine Stellung als Prokurist beziehen. In allen andern Beziehungen gelte er als nicht ragionirte Person und behalte seinen Gerichtsstand vor den ordentlichen Gerichten bei (Ob. G. Streuli 24. Juni 1880). — Das Handelsgericht hatte früher in einem eigenen Entscheide (21. Sept. 1875 Hemann) mit Bezug auf den Antheilhaber einer Firma die nämliche Ansicht ausgesprochen.

Laut R.-B. 1874 p. 31 wurde vom Handelsgericht ausgesprochen: Der Umstand, daß der Beklagte zur Zeit der Klageanstellung nicht im Ragionenbuch eingetragen ist, steht der Kompetenz des Handelsgerichtes nicht entgegen, sofern sich die Klage auf einen Geschäftsverkehr bezieht, während dessen der Beklagte noch im Ragionenbuch eingetragen war.

Das Handelsgericht erklärte sich kompetent für Klagen auf Exekution eines handelsgerichtlichen Urtheils gegen einen im Ragionenbuch eingetragenen hiesigen Einwohner (R.-B. 1877 Nr. 87).

Die Worte „auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe" gaben Anlaß zu vielfachen Entscheidungen:

1. Schauberg's Z. N. F. II. p. 224.

Die Worte „auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe" können unmöglich dahin ausgelegt werden, daß wenn Jemand ein Gewerbe betreibt und im Ragionenbuch eingetragen ist, alle und jede darauf bezüglichen Streitigkeiten von dem Handelsgerichte zu beurtheilen seien, da sonst folgerichtig sämmtliche Wasserrechtsstreitigkeiten mit einziger Ausnahme derjenigen, wo nicht beide Parteien im Ragionenbuch eingetragen wären, vor das Handelsgericht gehören würden.

Die Meinung des Gesetzes geht vielmehr — wie schon daraus sich ergibt, daß in § 95 die Streitigkeiten, welche sich auf das Gewerbe des Beklagten beziehen, als eine einzelne Art der auf Handelsverhältnisse überhaupt bezüglichen Streitigkeiten genannt sind und wie übrigens auch die vor Einführung der Gesetze betreffend das Gerichtswesen erlassene Weisung des Regierungsrathes an den Großen Rath zeigt — dahin, daß Streitigkeiten, um in die Kompetenz des Handelsgerichtes zu fallen, nicht auf die bloße technische Führung eines Gewerbes als solchem, sondern auf die mit demselben im Zusammenhange stehenden und daraus herfließenden Handelsverhältnisse sich beziehen, überhaupt aber wesentlich kaufmännischer Natur sein sollen.

2. Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege II. p. 483/4.

Vor das Handelsgericht gehören nur diejenigen Prozesse, bei denen der Streit sich auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt bezieht. Die streitige Forderung wird nun gestellt für Bau- und Terrainarbeiten, geliefert zur Erstellung des Tracé der von der Beklagten betriebenen Bahn. Das Gewerbe der Beklagten aber betrifft den Transport von Menschen und Waaren. Es ist also klar, daß sich der Streit nicht auf dieses Gewerbe, sondern nur auf Einrichtungen bezieht, welche zu erstellen waren, damit später die Beklagte ihr Gewerbe betreiben könne.

Ebenso wenig bezieht sich der Streit auf Handelsverhältnisse überhaupt; er betrifft einen Bauaccord über Erstellung von Immobilien (Entscheid des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. XI. Nr. 104 eod. p. 342, Handelsgesetzbuch Art. 275). In diesem Sinne hat sich übrigens auch die Praxis diesseitiger Gerichtsstelle schon wiederholt gegenüber Klagen aus Eisenbahnaccorden ausgesprochen (cf. R.-B. des Obergerichtes 1874 p. 31 Nr. 1 und 2). Wenn nun auch die Forderung aus dem Bauaccord an sich nicht streitig zu sein scheint, sondern nur der Zahlungsmodus, so wird dadurch die Streitsache selbstverständlich noch nicht zur Handelssache.

3. Obige Zeitschrift II. p. 485.

Hier wurde ausgeführt — in Bestätigung eines Entscheides vom 28. Februar 1874 (cf. R.-B. 1874 p. 31) — daß ein Streit, der die zwischen einer Eisenbahngesellschaft und einem Accordanten durch Ausführung eines Theiles des Bahnbaues entstandenen Ansprüche beschlage, eine Handelssache nicht sei.

4. Obige Zeitschrift III. p. 516/7 (Entscheid Gebr. Götz contra Heuriedt). Die handelsgerichtliche Competenz wurde nicht angenommen. Es handelte sich um einen Werkvertrag zwischen Zieglern und einer Aktiengesellschaft.

5. Obige Zeitschrift III. p. 528.

Die streitige Forderung wurde gegen eine Eisenbahngesellschaft gestellt für die Lieferung einer Lokomotive. Das Handelsgericht erklärte sich inkompetent:

Das Gewerbe des Beklagten besteht nicht in der Haltung und dem Verkauf solcher Maschinen in verändertem oder unverändertem Zustande, sondern in dem Transporte der Menschen und Waaren. Der vom Gesetze geforderte Bezug auf dieses Gewerbe kann daher im vorliegenden Streite nicht gefunden werden, so wenig als in einem Streite über die Erstellung von Gebäuden oder Schienengeleisen, welche zum Betriebe einer Eisenbahn nothwendig sind.

6. In Sachen „International Bell Telephon Company" gegen die Zürcher Telephongesellschaft (8. April 1881) äußerte sich das Handelsgericht dahin:

Der vorliegende Streit erstreckt sich im Wesentlichen auf Leistungen, die von der Klägerin auf die Erstellung der Einrichtung und der Leitung der zürcherischen Telephongesellschaft gemacht worden sind. Es kann also nicht davon gesprochen werden, daß sich der Streit, wie dies § 95.1 erfordert, auf das von der beklagten Partei betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse beziehe. Von letzterm ist hier überhaupt keine Rede und das Gewerbe der Beklagten besteht nicht in der Haltung solcher Vorrichtungen an sich oder in deren Verkauf in verändertem oder unverändertem Zustande, wie sie von der Klägerin geliefert wurden, sondern lediglich in der Uebermittlung von Telegrammen mittelst der Telephone, wozu allerdings die von der Klägerin gelieferten Vorrichtungen nothwendig sind. Es findet daher die vom Gesetze geforderte Beziehung auf das Gewerbe der Beklagten ebenso wenig statt, als wenn einer Eisenbahnverwaltung für die von ihr betriebene Bahn Bauarbeiten geliefert werden.

7. In gleicher Weise sprach sich das Handelsgericht aus in Sachen Berchtold contra Oetiker (22. August 1881).

Das Handelsgericht erklärte sich ferner als inkompetent:

a) in Streitigkeiten mit Bezug auf Bürgschaften für Handelsgeschäfte, denn eine Bürgschaft wird — wie das Gericht sagt — dadurch allein, daß sie für ein Handelsgeschäft eingegangen wird, noch nicht selbst zum Handelsgeschäft (R.-B. 1873, p. 30);
b) bei einem außerhalb des Kantons domizilirten Beklagten, welcher zwar solidarer Antheilhaber einer im hiesigen Ragionenbuche eingetragenen Firma war, aber mit Bezug auf ein Geschäft belangt wurde, welches dieser Firma fremd war (R.-B. 1875, p. 145/6);
c) zur Beurtheilung der Klage eines Eisenbahnangestellten gegen die Eisenbahngesellschaft auf Verabreichung von Unterstützung aus der Unterstützungskasse (R.-B. 1875, p. 146);
d) für Klagen einer Eisenbahngesellschaft gegen eine Fabrik betreffend die Benützung eines Bahngeleises (R.-B. 1876, p. 133 Nr. 68);
e) für Klagen, die der Gläubiger einer Gesellschaft gegen Vorsteher derselben wegen angeblicher Fahrlässigkeit erhebt (R.-B. 1880, p. 61/2 und Zeitschrift für schweiz. Gesetzgeb. u. Rechtspflege V. p. 169/70).

§ 96. Sind zwar die Voraussetzungen der Ziff. 1 und 2 des § 95 vorhanden, ist aber bloß der Beklagte im Ragionenbuch eingetragen, so hat der Kläger, sofern er im Kanton wohnt, zwischen den ordentlichen Zivilgerichten und dem Handelsgerichte die Wahl; wohnt er außerhalb des Kantons, so ist die Klage stets beim Handelsgerichte anzubringen.

§ 97. Im Zweifel gilt jedes Rechtsgeschäft einer im Ragionenbuch eingetragenen Person als Handelsgeschäft.

§ 98. Kommen in einem Handelsprozesse Streitpunkte vor, welche nicht auf Handelsverhältnisse Bezug haben, aber mit dem eigentlichen Handelsprozesse zusammenhängen, so entscheidet darüber ebenfalls das Handelsgericht; umgekehrt entscheiden die ordentlichen Gerichte auch diejenigen mit dem ordentlichen Zivilprozeß zusammenhängenden Punkte, welche sich nach §§ 95 und 96 als Handelssache darstellen.

§ 99. Für Widerklagen aus Handelsgeschäften ist das Handelsgericht auch dann zuständig, wenn der Streitwerth die Summe von 500 Franken nicht übersteigt. Widerklagen dagegen, welche sich nicht auf Handelsgeschäfte beziehen, darf dasselbe nur mit Zustimmung beider Parteien an Hand nehmen.

§ 100. Mit Zustimmung beider Parteien können Streitigkeiten, welche nach §§ 95—99 an das Handelsgericht gehören, auch an die ordentlichen Gerichte gebracht werden. Es sind daher Handelssachen, welche bei letzteren anhängig gemacht werden, nur dann an das Handelsgericht zu weisen, wenn es vom Beklagten rechtzeitig verlangt wird.

§ 101. Ist eine in die Kompetenz des Handelsgerichtes fallende Streitsache von einem Bezirksgerichte abgeurtheilt worden, ohne daß von einer Partei wegen Inkompetenz recht-

zeitig Rekurs ergriffen worden wäre, so darf auf die Kompetenzfrage in zweiter Instanz nicht mehr eingetreten werden.

§ **102.** Das Handelsgericht entscheidet als Schiedsgericht in allen Handelsstreitigkeiten über 500 Franken, welche nicht unter die Bestimmungen der §§ 95 und 96 fallen, aber von den Parteien auf dem Wege der Vereinbarung an dasselbe gebracht werden. Den Parteien steht alsdann frei, zu verlangen, daß das Handelsgericht für den betreffenden Fall bloß aus einem Mitgliede des Obergerichtes und vier kaufmännischen Richtern bestehen solle. In diesem Falle ist jede Partei berechtigt, vier kaufmännische Richter ohne Angabe von Gründen abzulehnen.

1. Eine Ablehnung der Sache soll erfolgen, wenn nicht feststeht, daß ein allfällig gegen den Beklagten erlassenes Urtheil auch wirklich zur Vollziehung gebracht werden könnte (R.-B. 1877, Nr. 80).

2. Das Handelsgericht beurtheilt auch als Schiedsgericht nur Handelssachen (die citirte Zeitschrift für schweiz. Gesetzgebung III. p. 528 und R.-B. 1877, Nr. 107).

E. Das Obergericht und seine Kammern.

1. Die Appellationskammer.

§ **103.** Die Appellationskammer beurtheilt letztinstanzlich:

a) die Nichtigkeitsbeschwerden über endliche und rechtskräftig gewordene Entscheide der Bezirksgerichte und Bezirksgerichtspräsidenten im ordentlichen Zivilprozeß und im Strafprozeß, sowie der Konkursrichter;

b) die Berufungen und Beschwerden (Appellationen und Rekurse) über das Verfahren und die erstinstanzlichen Entscheide der Bezirksgerichte und ihrer Instruktions- und Untersuchungsrichter im ordentlichen Zivilprozeß und im Strafprozeß;

c) die Beschwerden über das Verfahren und die Rekurse gegen Entscheide der Konkursrichter in Auffallsstreitigkeiten, sowie der Bezirksgerichte in Auffallssachen.

Sie beurtheilt ferner die geständigen Angeklagten in schwurgerichtlichen Sachen gemäß den Bestimmungen der Strafprozeßordnung.

Sie entscheidet über Restitutionsgesuche gegen bezirksgerichtliche Strafurtheile.

Cf. ad § 84, 707, 664 ff., 683 ff., 924.

2. Die Rekurs- und Anklagekammer.

§ **104.** Die Rekurs- und Anklagekammer beurtheilt als Rekurskammer letztinstanzlich die Nichtigkeitsbeschwerden gegen die endlichen und die Rekurse gegen die erstinstanzlichen

Verfügungen der Bezirksgerichtspräsidenten im summarischen Verfahren und in Konkurssachen.

Sie entscheidet als Anklagekammer über die Zulassung einer Anklage an das Schwurgericht und übt im weitern diejenigen Kompetenzen aus, welche ihr die Strafprozeßordnung zuweist.

Cf. ad § 74.

3. Das Obergericht.

§ 105. Das Obergericht übt alle diejenigen Funktionen, welche nicht einer seiner Kammern ausdrücklich zugewiesen sind, als Ganzes aus.

§ 106. Das Obergericht erledigt die Rekurse gegen Beschlüsse des Schwurgerichts, des Handelsgerichts und der Anklagekammer, soweit solche zulässig sind.

Diese Bestimmung wurde durch die Novelle eingeführt. Die Nichtigkeitsbeschwerden gegen Urtheile des Schwurgerichts und des Handelsgerichts sind nun beim Kassationsgerichte und nicht mehr beim Obergerichte anzubringen.

§ 107. Dem Obergerichte steht zu:

a) die Erledigung der Gesuche um
Wiederherstellung gegen Urtheile des Schwurgerichtes und der Appellationskammer,
Strafumwandlung und Strafnachlaß in den Fällen der §§ 30 und 31 des Strafgesetzbuches,
Wiedereinsetzung in die bürgerlichen und andere Rechte;

b) die Behandlung der Konfliktbeschwerden nach Maßgabe des Gesetzes betreffend die Konflikte;

c) die Begutachtung der Begnadigungsgesuche.

„Das Gesetz über die Konflikte“ datirt vom 23. Juni 1831 (Off. S. I. p. 245—247. Es lautet dahin:

§ 1. Wenn Jemand durch eine Verwaltungsstelle sich gehindert sieht, den Weg Rechtens zu verfolgen, so wendet er sich mit seiner diesfälligen Beschwerde schriftlich unmittelbar an das Obergericht.

§ 2. Ebenso richtet jede Gerichtsstelle, welche sich in Ausübung ihrer amtlichen Befugnisse durch eine Verwaltungsstelle beeinträchtigt glaubt, ihre Beschwerde unmittelbar an das Obergericht.

§ 3. Wenn Jemand sich dadurch beschwert findet, daß eine Regierungssache von einem Gerichte als Justizsache behandelt werde, so hat er sich deßhalb unmittelbar an den Regierungsrath zu wenden.

§ 4. Ebenso richtet jede Verwaltungsbehörde, welche sich in Ausübung ihrer amtlichen Befugnisse durch eine Gerichtsstelle beeinträchtigt glaubt, ihre Beschwerde unmittelbar an den Regierungsrath.

§ 5. In den beiden erstern Fällen steht es dem Obergerichte, in den beiden letztern dem Regierungsrathe zu, allfällig erforderliche Berichte von den untergeordneten Behörden oder den Betheiligten einzuziehen. Hält der Regierungsrath den Bericht einer untern Gerichtsbehörde für nothwendig, so stellt er an das Obergericht das Ansuchen um Einholung und Mittheilung desselben und ebenso das Obergericht im umgekehrten Falle.

§ 6. Findet sodann in den ersten Fällen das Obergericht, in den letztern der Regierungsrath die Beschwerde ungegründet, so weist im erstern Falle das Obergericht, im letztern der Regierungsrath dieselbe einfach ab, und theilt den diesfälligen Beschluß der betheiligten Person oder Behörde mit.

§ 7. Findet dagegen in den erstern Fällen das Obergericht, in den letztern der Regierungsrath die Beschwerde ganz oder theilweise begründet, so wendet sich dort das Obergericht an den Regierungsrath, hier der Regierungsrath an das Obergericht mit dem Gesuch um Abstellung derselben. Schließt sich die auf diese Weise angegangene Oberbehörde an die Ansicht der andern an, so ertheilt sie der ihr untergeordneten Stelle die zur Abstellung der Beschwerde erforderliche Weisung und gibt hievon der andern Oberbehörde Kenntniß.

§ 8. Glaubt sie hingegen dem gestellten Gesuche gar nicht oder nur zum Theil entsprechen zu können, so meldet sie dieses rückantwortlich. Findet hierdurch die andere Oberbehörde die Sache noch nicht erledigt, so schreitet sie zur Bezeichnung von zwei Mitgliedern aus ihrer Mitte, und drei Mitgliedern des Großen Rathes außer ihrer Mitte für die durch die Verfassung, Art. 67, zur endlichen Entscheidung bestimmte Kommission, und benachrichtigt hievon die andere Oberbehörde, welche sofort ein Gleiches thut.

§ 9. Das älteste Mitglied der Kommission veranstaltet deren Versammlung und die Wahl des Präsidenten, unter dessen Leitung sodann nach Ernennung eines Sekretärs das Geschäft sofort behandelt und durch einen motivirten Beschluß erledigt wird.

§ 10. Vor der Ernennung oder dem Zusammentritte dieser Kommission steht jeder der beiden Oberbehörden frei, an die andere das Begehren einer Konferenz einiger Mitglieder beider Behörden zum Behuf einer Verständigung zu stellen. Diesem Begehren soll immer entsprochen werden.

§ 11. Dasselbe Verfahren findet statt, wenn sich der Anstand unmittelbar zwischen dem Regierungsrathe und dem Obergericht erhoben hat.

Das Gesetz über die Konflikte spricht nur vom sog. positiven Konflikt. Es scheidet zwei Fälle aus:

1. wenn Jemand durch eine Administrativbehörde gehindert wird, den Weg Rechtens zu verfolgen;
2. wenn durch ein Gericht eine Verwaltungssache behandelt werden will.

Es ist hier ferner hinzuweisen auf das Gesetz betreffend einen Zusatz zu Art. 10 des Gesetzes über die Konflikte (11. Febr. 1836, Off. S. IV. p. 210). Derselbe lautet dahin:

Sind die Stimmen der Kommissionsmitglieder gleich getheilt, so hinterbringt dieselbe dem Großen Rathe einen umfassenden Bericht, welcher sodann zwischen den getheilten zwei Hauptansichten der Kommission für die eine derselben sich zu entscheiden hat.

§ 108. Das Obergericht behandelt alle Fälle der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, welche ihm durch die Gesetze zugewiesen sind; namentlich entscheidet es auf den Antrag der Bezirksgerichte und auf Grundlage eines schriftlichen Antrages der Rekurskammer über:

1. den Aufruf unbekannt Abwesender;
2. die Verschollenheitserklärung solcher;
3. die Todeserklärung von Verschollenen;
4. die Rehabilitation von Falliten;
5. den Aufruf von Aktien, Staatspapieren, Coupons und

ähnlichen Schuldurkunden, sowie über die Amortisation und neue Ausfertigung solcher;

6. den Aufruf vermißter Schuldurkunden mit Spezialpfandrecht an Immobilien oder mit generellem Pfandrecht, sowie über die Löschung derselben im Notariatsprotokolle oder neue Ausfertigung der Urkunden;
7. die neue Ausfertigung noch vorhandener aber schadhafter Urkunden der in Ziff. 6 bezeichneten Art;
8. die Erlassung eines allgemeinen und peremptorischen Aufrufs der durch spezielle oder generelle Pfandrechte gesicherten Schuldforderungen, sowie der Zehnten, Grundzinse und anderer Reallasten zum Zwecke gänzlicher oder theilweiser Vereinigung der Grundprotokolle;
9. die Löschung nicht angemeldeter, aber im Notariatsprotokolle noch ungelöschter Schuldurkunden, sowie über Aufrüfe zur Löschung von Zehnten nnd Grundzinsen;
10. die gänzliche oder theilweise Vereinigung von Grundprotokollen, mit oder ohne geometrische Vermessung des Grundeigenthums.

Cf. ad § 88.

Ad Nr. 1—3.

Es ist erklärt worden, daß die zürcherischen Gerichte zum Aufruf und zur Verschollenheits- und Todeserklärung eines Nichtkantonsbürgers nicht als kompetent betrachtet werden können (R.-B. 1879, Nr. 60).

Das Obergericht stützte sich auf den allgemeinen Grundsatz, daß Statusfragen dem Rechte und dem Gerichte des Heimatsortes unterliegen, und auf die §§ 1971 und 1977 des Zivilgesetzes, wornach zur Vornahme des Aufrufes eines unbekannt Abwesenden oder Verschollenen das Gericht, in dessen Bezirk der Aufzurufende verbürgert sei, als kompetent erscheine.

Ad Nr. 7.

Hieher gehört auch der Aufruf von Obligationen auf den Namen, sofern sie in größerer Anzahl emittirt worden sind (Beschluß des Obergerichts 12. Oktober 1878).

§ 109. Das Obergericht entscheidet, nöthigenfalls im Einverständnisse mit dem Regierungsrathe, auf Antrag der Rekurskammer über Erlassung einzelner Ausweisschriften oder Formalitäten bei Eingehung von Ehen und nachträgliche Anerkennung formwidrig geschlossener Ehen.

§ 110. Das Obergericht ertheilt auf den Antrag einer von ihm zu bestellenden Prüfungskommission Fähigkeitszeugnisse für Besorgung des Notariatswesens.

Im Strudel allgemeiner Freiheit ist doch noch das Notariatsexamen stehen geblieben (Off. S. XVII. p. 333). § 7 des betr. Gesetzes lautet dahin:

Zur Wahlfähigkeit für die Stelle eines Notars oder Substituten ist außer der bürgerlichen Handlungsfähigkeit und Stimmberechtigung der Besitz eines Fähigkeitszeugnisses erforderlich, das nach bestandener Prüfung über das im Kanton geltende Privatrecht, Prozeß, Rechtstrieb und Konkurs-

verfahren, das Notariatswesen, sowie über praktische Befähigung vom Obergerichte erlangt wird.

Die Dauer der Gültigkeit eines Fähigkeitszeugnisses wird vom Obergericht bestimmt und soll höchstens sechs Jahre betragen. Im Amt stehende Notare bedürfen der Erneuerung des Fähigkeitszeugnisses nicht.

Die Prüfung wird vom Obergerichte oder einer Kommission desselben unter Zuziehung von zwei Notaren vorgenommen.

Ausnahmsweise kann solchen Personen, deren Kenntnisse und praktische Tüchtigkeit aus früherer amtlicher Stellung oder Berufsthätigkeit unzweifelhaft feststehen, vom Obergerichte die Prüfung erlassen werden.

§ 111. Das Obergericht übt theils mittelbar, theils unmittelbar die Aufsicht aus über die ihm untergeordneten Behörden und Beamten und erläßt die erforderlichen Anleitungen an dieselben.

F. Das Kassationsgericht.

§ 112. Das Kassationsgericht beurtheilt die Nichtigkeitsbeschwerden über Urtheile und Beschlüsse des Obergerichtes und seiner Kammern, sowie des Schwurgerichtes und des Handelsgerichtes.

Cf. ad § 60.

Diese Bestimmung ist von der Novelle eingeführt. Früher war das Obergericht Kassationsinstanz gegen Urtheile des Schwurgerichts und des Handelsgerichts.

G. Befugnisse und Pflichten der Gerichtspräsidenten und Gerichtsschreiber.

§ 113. Der Präsident einer jeden Gerichtsstelle nimmt die bei derselben einlaufenden Akten in Empfang und führt das Geschäftsverzeichniß.

§ 113 und ff. enthalten ein allgemeines Pflichtenheft über die Aufgabe des Gerichtspräsidenten und des Gerichtsschreibers.

§ 114. Der Präsident versammelt die Behörde, ergänzt dieselbe nöthigenfalls durch Ersatzmänner, erläßt die erforderlichen Ladungen und leitet alle Verhandlungen vor und in dem Gerichte. Er wacht über die Pflichterfüllung der Mitglieder des Gerichtes und der dem Gerichte untergebenen Beamten und Bediensteten und sorgt für möglichst beförderliche Erledigung der eingegangenen Geschäfte.

§ 115. Dem Präsidenten steht es zu, alle provisorischen, sowie die zur gehörigen Vorbereitung des gerichtlichen Verfahrens erforderlichen Anordnungen zu treffen, soweit nicht das Gesetz etwas Anderes vorschreibt.

§ 116. Der Präsident sorgt für Ruhe und Ordnung. Zu dem Ende kann er einzelne Personen, oder wenn die Herstellung der Ruhe auf andere Weise nicht möglich ist, alle Anwesenden, welche bei dem Verfahren nicht mitzuwirken haben, wegweisen. Personen, die sich seinen Verfügungen widersetzen, kann

er verhaften und während höchstens zwölf Stunden gefangen halten lassen.

Unser Verfahren krankt an einer gewissen Würdelosigkeit, wie ich schon ad § 80 ausführte. Es mangelt überdies die stramme Handhabung der Gesetzesautorität.

§ 117. Der Präsident wird durch den Vizepräsidenten, und wenn auch dieser verhindert ist, je durch das zuerst gewählte Mitglied der Behörde vertreten.

Ein Theil der Funktionen des Bezirksgerichtspräsidenten kann bleibend nur mit Bewilligung des Obergerichtes dem Vizepräsidenten übertragen werden.

Bei Verhinderung des Präsidenten und aller Mitglieder kann auch der Gerichtsschreiber in dringenden Fällen Verfügungen im summarischen Verfahren erlassen.

§ 118. Der Gerichtsschreiber besorgt das Rechnungswesen, die Vorladungen und übrigen Kanzleigeschäfte für das Gericht, den Präsidenten und die Kommissionen. Er ist berechtigt, für den Verhinderungsfall unter Genehmigung des Gerichtes einen Stellvertreter zu ernennen, für den er verantwortlich ist.

Die Besorgung der Vorladungen kann er unter eigener Verantwortlichkeit dem Waibel übertragen, in welchem Falle die dafür ausgesetzte Vergütung dem Letztern zufällt.

Mit Bezug auf die Kanzlei des Obergerichtes finden die Vorschriften der §§ 37—39 Anwendung.

§ 119. Der Gerichtsschreiber, beziehungsweise dessen Stellvertreter, hat berathende Stimme.

H. Rechte und Pflichten der Gerichte in ihrem Verhältnisse zu einander und zu fremden Behörden.

§ 120. Hinsichtlich der Rechtsprechung sind die untern Gerichtsstellen unabhängig von ihren vorgesetzten Behörden und haben von den letztern über das, was Rechtens sei, im einzelnen Falle Belehrung weder zu verlangen noch anzunehmen.

Diese Unabhängigkeit der untern Instanz von der obern hindert natürlich nicht, daß das Obergericht

a) Anleitungen in geschäftlicher Hinsicht durch Zirkulare ꝛc. ertheilt (§ 111). Hieher gehören z. B. Anordnungen über das Protokollwesen ꝛc.;
b) in den Prozessen endgültig festsetzt, welche Beweise erheblich seien, wem die Beweislast obliege ꝛc.

Unsere Praxis zeigt merkwürdige Eigenthümlichkeiten mit Bezug auf die staatsrechtliche Subordination, welche die untere Instanz gegenüber der obern schuldet. Es ist schon vorgekommen, daß ein Gerichtspräsident (der mit dieser Würde auch diejenige eines Zeitungsschreibers vereinigt) sich über obergerichtliche Anordnungen in seinem öffentlichen Blatte lustig machte! Das demokratische Staatsrecht kennt meines Wissens gegen derartige Extravaganzen keine Mittel.

§ 121. Der Instanzenzug soll immer innegehalten werden, und daher keine Oberbehörde auf eine Streitfrage eintreten, über welche die untere Instanz noch nicht entschieden hat.

Der Instanzenzug ist, zumal unter den kleinen Verhältnissen eines Kantons, von außerordentlicher Bedeutung. Es muß an dieser Wohlthat unbedingt festgehalten werden (cf. ad § 29).

§ 122. Keine Gerichtsstelle soll eine Amtshandlung, welche ohne Gefahr verschoben werden kann, in dem Amtskreise einer andern, ihr nicht untergebenen Behörde ohne Anzeige an die letztere oder die Bewilligung der gemeinschaftlichen Oberbehörde vornehmen.

Vorbehalten bleiben die Vorladungen, welche direkt im ganzen Kanton erlassen werden dürfen.

Die Vorschrift des ersten Absatzes wird häufig nicht gehandhabt. De lege ferenda wäre es richtiger sie abzuschaffen.

§ 123. Ordnungsmäßig zur Beförderung der Rechtspflege gestellten Begehren anderer Gerichtsstellen des Kantons hat jede richterliche Behörde in ihrem Amtskreise ohne Rücksicht auf die sachliche Richtigkeit des Gesuches, für das nur die ersuchende Stelle verantwortlich ist, zu entsprechen, sofern darin nicht ein Eingriff in ihre eigene Gerichtsbarkeit liegt.

§ 124. In der Regel findet, sofern nicht Bundesgesetze oder Staatsverträge etwas Anderes festsetzen, auch der Verkehr mit auswärtigen Gerichtsstellen direkt statt. Die unteren Instanzen haben jedoch in zweifelhaften Fällen die Weisung ihrer Oberbehörde einzuholen.

Der Vertrag zwischen der Schweiz und Frankreich „über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urtheilen in Zivilsachen" (Off. eidgen. S. IX. p. 1001) setzt in Art. 20 „etwas Anderes" nämlich den Verkehr auf diplomatischem Wege fest. Ein direkter Verkehr findet dagegen laut Staatsverträgen statt mit den österreichischen Gerichtsbehörden (R.-B. 1856, p. 28/9), mit Italien (Protokoll vom 1. Mai 1869 betreffend die Vollziehung der am 22. Juli 1868 zwischen Italien und der Schweiz abgeschlossenen Verträge). Laut Art. III bezieht sich dieser direkte Verkehr auf die Appellationshöfe des Königreichs, das Bundesgericht und das Obergericht jedes Kantons, — mit den Gerichtsbehörden des deutschen Reiches in allen Fällen, in welchen nicht der diplomatische Verkehr durch Staatsverträge vorgeschrieben ist oder in Folge besonderer Verhältnisse räthlich erscheint. (Erklärung vom 1./13. Dezember 1878). Damit fallen die frühern Verabredungen zwischen der Schweiz einerseits und Bayern, Würtemberg und Baden anderseits über den gleichen Gegenstand außer Wirksamkeit (Off. eidg. S. N. F. III. p. 661). Cf. ad § 752.

§ 125. Die Korrespondenz mit dem Bundesrathe und mit den Regierungsbehörden anderer Kantone oder fremder Staaten wird vorbehältlich besonderer Staatsverträge durch den Regierungsrath vermittelt.

IV. Abschnitt.

Unfähigkeit der Justizbeamten zu ihren Verrichtungen und Ablehnung derselben.

§ 126. Ein Richter, Gerichtsschreiber, Friedensrichter, Geschworner oder öffentlicher Ankläger ist nicht fähig zur Ausübung seines Amtes und hat sich daher derselben auch unaufgefordert zu enthalten:

1) in seinen eigenen Sachen und denen seiner Frau, seiner Verlobten, seiner Verwandten und Verschwägerten in auf- und absteigender Linie, sowie bis und mit dem zweiten Grade der Seitenlinie und bis auf den ersten Grad der Maagschaft, ebenso in Sachen, mit Bezug auf welche ihm oder einer der genannten Personen eine Rückgriffsklage kundgethan ist;
2) in Sachen einer Person, deren Vogt oder Pfleger er ist;
3) wenn er bereits in einer untern Instanz an einer Verfügung in der betreffenden Sache Theil genommen, oder in derselben als Schiedsrichter gesprochen, oder als Bevollmächtigter entweder selbst gehandelt oder zu gerichtlichen Handlungen Auftrag gegeben hat.

Ueberdies kann Niemand als Mitglied des Schwurgerichtes bei einer Sache mitwirken, in welcher er als Mitglied der Anklagekammer thätig gewesen ist, oder als Mitglied des Obergerichtes über die Beschwerde gegen ein Verfahren urtheilen, bei dem er selbst mitgewirkt hat.

1. „Maagschaft." Die Ausstandsordnung vom Jahr 1729 definirt diesen Begriff dahin:

„Maagschaft heißt man allhier, nach gemeinem Brauch, nicht allein, wann einsen Ehefrau mit des andern Ehefrauen, sondern auch, wann einer oder einsen Ehefrau mit des andern Ehefrauen vorigem Ehemanne in Blutverwandschaft stehet."

Rüttimann (Die zürcherischen Gesetze betreffend die Organisation der Rechtspflege p. 5) bemerkt dazu:

Demnach besteht das Verhältniß der Maagschaft zwischen einem Richter und den Schwägern seiner Frau, sowie mit den Ehegatten der mit ihm verschwägerten Personen (z. B. A und B sind Ehegatten; B und C sind Geschwister, C und D sind Ehegatten; so stehen A und D im Verhältnisse der Maagschaft und zwar im ersten Grade nach zürcherischer Berechnung, weil B und D im ersten Grade der Schwägerschaft stehen.

2. „Verschwägerte."

Auf die Anfrage eines Gemeindammanns, was unter diesem Ausdrucke (der auch in § 4 des Schuldbetreibungsgesetzes vorkommt) zu verstehen sei, antwortete das Obergericht (R.-B. 1874, p. 20/21) Folgendes:

Unter Verschwägerten in auf- und absteigender Linie sind nicht die Schwäger und Schwägerinnen, sondern die Schwiegereltern, Schwiegergroßeltern, Schwiegerurgroßeltern (aufsteigende Linie) und die Schwiegerkinder, Schwiegergroßkinder, Schwiegerurgroßkinder (absteigende Linie) ver-

standen. Die Schwäger gehören, wie die Geschwister, in die Seitenlinien und zwar des ersten Grades, die angeheiratheten Oheime und Neffen, wie die blutsverwandten Oheime und Neffen, in die Seitenlinie zweiten Grades.

3. Spezialbestimmungen vide im schon citirten § 4 des Rechtstriebsgesetzes und § 18 des Konkursgesetzes.

Aus § 4 des Rechtstriebsgesetzes und § 126 des Prozeßgesetzes ergibt es sich, daß für die Richter weitergehende Ausstandsfälle bezeichnet sind (R.-B. 1874, p. 20/21).

4. „in einer untern Instanz." Dem steht also nicht gleich, wenn dies in einer obern Instanz geschah.

5. „oder zu gerichtlichen Handlungen Auftrag gegeben hat." Diesfalls wurde ausgesprochen, daß ein Gericht, welches die strafrechtliche Verfolgung gegen Jemanden veranlaßt hat (cf. § 764), dadurch nicht ohne Weiteres zur Aburtheilung inkompetent werde (Beschluß der Appellationskammer Kronauer 5. Febr. 1878).

Dieser Satz wurde am 2. Dezember 1880 bestätigt (R.-B. 1880, Nr. 46). In der nämlichen Sache sprach sich auch das Kassationsgericht so aus. Daß durch die Erfüllung der in § 764 erwähnten Verpflichtung die Unfähigkeit der verzeigenden Justizperson begründet werde, als Richter oder Gerichtsschreiber bei der Aburtheilung des Verzeigten mitzuwirken, steht weder in dem citirten § 764, noch sonst im Gesetze. Der Gesetzgeber hat auch keinen Anstand genommen, dem Bezirksgerichtspräsidenten in Strafsachen, die vom Bezirksgerichte beurtheilt werden, sowohl die Leitung der Gerichtsverhandlung bei der Urtheilsfällung und die Mitwirkung bei der Abstimmung als den Entscheid über Zulassung der Anklage zuzuweisen (§ 891).

§ 127. Nicht an sich unfähig ist er, kann aber abgelehnt werden:

1) wenn ihm oder einer der im § 126 Ziff. 1 und 2 bezeichneten Personen je nach dem Erfolge des Streites ein nicht ganz unerheblicher Vortheil oder Nachtheil erwachsen kann, oder wenn er oder eine jener Personen in einen Streit verwickelt ist, dessen Ausgang wesentlich von einer im gegenwärtigen Streite zum Entscheide kommenden Frage abhängt;
2) in Sachen einer juristischen Person (mit Ausnahme des Staates), deren Mitglied er ist;
3) in Sachen, in denen er als Mitglied einer Behörde Vollmacht zum gerichtlichen Verfahren ertheilt, oder wo er Rath gegeben, Gutachten ausgestellt, oder als Vermittler, Sachverständiger oder Zeuge gehandelt oder noch zu handeln hat;
4) wenn er zu einer Partei im Verhältniß besonderer Freundschaft oder Feindschaft steht, oder von ihr Unterstützung oder andere Vortheile zieht;
5) wenn er sich sonst durch sein Benehmen befangen gezeigt oder Bericht angenommen hat;
6) wenn zwischen ihm und einer Partei ein besonderes Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältniß besteht.

Ad Nr. 5. Cf. § 208. Es gibt leider noch vielfache Fälle, in denen die Parteien den Richtern Besuche machen, um sich ihrer Gunst zu empfehlen.

Cf. §§ 56 und 102 betreffend die Ablehnung von kaufmännischen Mitgliedern des Handelsgerichtes. Cf. auch § 463.

§ 128. Ein ganzes Gericht oder ein Beamter mit Einzelkompetenz kann auch abgelehnt werden wegen beharrlicher Verweigerung oder Verzögerung der Rechtspflege.

Es kann nicht angehen, daß ein Kläger durch Verunglimpfungen gegen ein ganzes Gericht dasselbe in Ausstand bringe und dadurch dem Beklagten seinen natürlichen Gerichtsstand, auf welchen er ein Recht hat, entziehe. Dem Begehren des Bezirksgerichtes um Anweisung eines andern Gerichtes könnte in einem solchen Falle nur dann entsprochen werden, wenn die Mitglieder des Bezirksgerichtes einzeln zu dem Kläger in besonderer Feindschaft stehen würden (Z. XXIII. p. 409).

Ein ganzes Gericht kann im Uebrigen in den Fall kommen, die Behandlung eines Prozesses abzulehnen, z. B. wenn seine Mitglieder als Zeugen angerufen werden.

§ 129. Von einem Unfähigkeits- oder Ablehnungsgrunde hat der betreffende Justizbeamte, sofern er hievon Kenntniß hat, rechtzeitig bei Vermeidung von Ordnungsbuße und Ersatz entstandenen Schadens Anzeige zu machen und bis zu endlicher Erledigung der Ausstandsfrage den Ausstand zu beobachten.

§ 130. Jedes Verfahren vor einem unfähigen oder abgelehnten Justizbeamten und jede Entscheidung oder Verfügung, an der ein solcher Theil genommen, ist nichtig; bei bloßer Ablehnung aber erst von der Zeit derselben an.

§ 131. Die Nichtigkeit tritt indeß nicht ein oder wird gehoben:

1) bei Unfähigkeit zur Ausübung des Amtes durch ausdrücklichen Verzicht sämmtlicher Parteien;
2) im Falle der Ablehnungsbefugniß, wenn die hiezu berechtigte Partei ausdrücklich hierauf verzichtet, oder nicht innerhalb vier Tagen nach schon im Laufe des Verfahrens erhaltener Kenntniß von dem Dasein eines Ausstandsgrundes und dem nicht beobachteten Ausstande ein Rechtsmittel ergriffen hat;
3) in allen Fällen durch Stillschweigen der Parteien während zehn Jahren, von der Ausfällung des rechtskräftigen Erkenntnisses an gerechnet.

Zu den §§ 130 und 131 hat das Kassationsgericht (sub 31. Jan. 1881) Folgendes bemerkt:

Nach diesen Gesetzesbestimmungen ist jedes Verfahren vor einem unfähigen Richter nichtig; das Verfahren vor einem abgelehnten Richter ist ebenfalls nichtig; aber mit dem Unterschiede, daß, während bei dem unfähigen Richter die bloße Thatsache seiner Mitwirkung die Nichtigkeit begründet, diese bei dem abgelehnten Richter erst durch und mit der Ablehnung eintritt. Daraus ergibt sich mit Nothwendigkeit, daß, wenn eine Partei zwar die Befugniß hätte, einen Richter abzulehnen, dies aber nicht während

des Verfahrens thut, dieses Verfahren völlig gültig bleibt Von diesem letztern Satze macht das Gesetz (§ 131, Ziff. 2) nur eine Ausnahme — eine Art Zugeständniß — für den Fall nämlich, wo Jemand von seiner Ablehnungsbefugniß schon im Laufe des Verfahrens Kenntniß erhielt. — In diesem Falle soll er in den vier Tagen der Kassationsfrist, die aber hier vom Augenblicke der Kenntniß an läuft, die Nichtigkeit geltend machen, also das Verfahren rückwärts anfechten können. Hat aber Jemand erst nach beendigtem Verfahren von seiner Ablehnungsbefugniß Kenntniß erhalten, so besitzt er, nach der Meinung des Gesetzes, kein Mittel mehr, an der hinter ihm liegenden Prozedur zu rütteln. Daß diese Auslegung der §§ 130 und 131 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege die richtige sei, ergibt nicht nur eine Verbindung derselben mit den §§ 704, Ziff. 4, 706, 1091, Ziff. 3 und 1098, sondern auch eine Vergleichung mit den entsprechenden §§ 160 und 161 des citirten Gesetzes betreffend das Gerichtswesen von 1866. Nach diesen sollte eine Partei, auch wenn sie ihre Ablehnungsbefugniß erst nach vollendetem Verfahren bemerkte, das Urtheil zehn Jahre lang wirksam anfechten können, wenn sie nur glaubhaft machte, von jener Befugniß innerhalb der letzten 30 Tage Kenntniß erhalten zu haben. Indem nun die Redaktoren des heutigen Gesetzes die Worte des § 160, Ziff. 2: „oder sofern sie diese Kenntniß nicht innerhalb 30 Tagen vom fraglichen Zeitpunkte an" strichen und die Worte: „schon im Laufe des Verfahrens" — unterstrichen, wollten sie offenbar die weitergehende Vorschrift des alten Gesetzes einschränken und bestimmen: es solle fürderhin nur die wirklich erfolgte Ablehnung einer Justizperson Kassationsgrund sein, und nur die Anomalie bestehen bleiben, daß eine schon im Laufe des Verfahrens bemerkte Ablehnungsbefugniß noch vier Tage nach erhaltener Kenntniß geltend gemacht werden könne.

§ **132.** Auch den Justizbeamten darf der Ausstand auf die Bescheinigung oder gewissenhafte Erklärung hin, daß ein Ausstandsgrund vorliege, nicht verweigert werden.

§ **133.** Das Ausstandsgesuch kann in jedem Abschnitte des Verfahrens gestellt werden; es treffen aber den Gesuchsteller Ordnungsbuße und Entschädigung, wenn durch sein Verschulden eine Tagfahrt vereitelt wird.

§ **134.** In dem Gesuche sind die dasselbe begründenden Thatsachen anzuführen und gleichzeitig urkundlich oder durch amtliche Zeugnisse zu bescheinigen. Wo dies nicht möglich ist, hat sich der Gesuchsteller auf die gewissenhafte Erklärung des Abzulehnenden zu beziehen, ohne daß übrigens ein weiteres Beweisverfahren zulässig wäre.

§ **135.** Ueber ein streitiges Ausstandsbegehren entscheidet, wenn es gerichtet ist:

1) gegen einen Beamten mit Einzelkompetenz: die vorgesetzte Behörde;
2) gegen Mitglieder eines Gerichtes: dieses selbst, sofern es durch allfälligen Zuzug von Ersatzmännern noch gehörig besetzt bleibt, sonst die Oberbehörde;
3) gegen so viele Mitglieder des Obergerichtes oder Kassationsgerichtes, daß dasselbe auch mit Zuzug der Ersatz-

männer nicht mehr gehörig besetzt werden kann: der Kantonsrath.

Gegen einen diesfälligen Entscheid der Unterbehörde ist sofort Beschwerde zulässig.

Vorbehalten bleibt die Bestimmung des § 463.

Ad 1. Das Obergericht hat erklärt, daß bezirksgerichtliche Rekursalentscheide betreffend die Ablehnung eines Friedensrichters letztinstanzlich seien (Appellationskammer 7. Sept. 1880 Kägi).

§ 136. Wenn in Folge von Ausstand die Bezeichnung eines außerordentlichen Stellvertreters für einen Beamten mit Einzelkompetenz nothwendig wird oder ein Gericht sich nicht mehr durch Zuzug von Ersatzmännern selbst besetzen kann, so kommt die Bezeichnung des außerordentlichen Stellvertreters beziehungsweise die Bestellung des Gerichtes oder die Ueberweisung der betreffenden Streitsache an ein koordinirtes anderes Gericht der Oberbehörde zu.

V. Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften betreffend das gerichtliche Verfahren.

A. Gerichtssitzungen. Ferien.

§ 137. Das Kassationsgericht und das Obergericht versammeln sich nach Bedürfniß.

§ 138. Die Appellationskammer des Obergerichtes hält jede Woche, mit Ausnahme der Ferien, Sitzung.

Die Rekurs- und Anklagekammer hält nur dann Sitzungen, wenn betreffend einen Gegenstand verschiedene Ansichten obwalten.

§ 139. Die Bezirksgerichte halten in der Regel wöchentlich eine Sitzung.

§ 140. Ueberdies ertheilen die Bezirksgerichtspräsidenten wöchentlich zweimal, und zwar das eine Mal am Hauptorte des Bezirkes gleichzeitig mit dem Statthalter Audienz. In dringenden Fällen haben sie auch am Wohnorte Bescheid zu ertheilen.

Auch die Statthalter wie die Gerichtspräsidenten (cf. ad § 27) sollten gezwungen sein, am Bezirkshauptorte zu wohnen.

§ 141. Die Friedensrichter haben an wenigstens vier Tagen in der Woche zu bestimmten, von ihnen zu bezeichnenden Stunden, von denen jedoch mindestens zwei in der Woche nicht mit der gewöhnlichen Arbeitszeit zusammenfallen dürfen, Audienz zu ertheilen.

§ 142. Ohne dringende Gründe darf kein Mitglied aus einer Gerichtssitzung wegbleiben. Für die Abwesenheit aus einzelnen Sitzungen ist zeitige Anzeige an den Präsidenten, für mehrere freiwillige Absenzen Urlaub des Gerichtes erforderlich. Dauert die Abwesenheit eines Mitgliedes des Bezirks- oder Obergerichtes über einen Monat, so ist der Urlaub bei dieser letztern Behörde einzuholen. Die gleiche Bestimmung gilt auch für die im Amte stehenden Handelsrichter.

Cf. indessen § 26.3.

§ 143. Die Richter nehmen ihre Plätze rechts und links vom Präsidium in der Reihenfolge ihrer Erwählung.

§ 144. Die Partei- und Beweisverhandlungen, sowie die Eröffnung der Urtheile und Beschlüsse sind bei allen Gerichten öffentlich.

Ausgenommen sind die Ehescheidungs- und Vaterschaftsprozesse.

Ueberdies soll das Gericht die Sitzungen für geschlossen erklären, sobald durch öffentliche Verhandlung Sitte und Anstand verletzt würde.

Gegen alle Beschränkungen der Oeffentlichkeit sprach sich Bopp aus im Archive des Kriminalrechtes N. F. 1851, p. 91 und ff.

§ 145. Unter denselben Beschränkungen sind in den Fällen, wo mündliche Parteiverhandlungen stattfinden, auch die Berathungen öffentlich beim Kassationsgerichte und der Appellationskammer des Obergerichtes, und können auch die übrigen Gerichtsstellen grundsätzlich öffentliche Berathung beschließen.

Werden nach der öffentlichen Berathung die Akten auf den Kanzleitisch gelegt, so ist den Parteien von der Vertagung der öffentlichen Schlußberathung Mittheilung zu machen.

Findet eine zweite öffentliche Berathung statt, so sollte dem Besiegten auch eine weitere Entschädigung aufgelegt werden, wenn die andere Partei sich vertreten läßt.

Das Institut der öffentlichen Berathung ist gänzlich verkehrt. Nach meiner Ueberzeugung hätte die öffentliche Berathung niemals eingeführt werden sollen. Ich habe diese Ansicht schon in meiner früher citirten Broschüre (p. 12—16) verfochten und die Praxis hat bewiesen, daß ich recht hatte.

Es werden für jene Neuerung drei Gründe in's Feld geführt:

1. Es sei für die Parteien und ihre Vertreter von großem Werthe, nicht erst nachträglich zu erfahren, sondern gleich mitanzuhören, aus welchem Grunde so oder anders entschieden werde. — Ich halte davon, für die Parteien sei die Hauptsache die: zu wissen, wie das Dispositiv des Urtheils lautet; für die Gründe haben in diesen entscheidenden Augenblicken die Litiganten jedenfalls kein Verständniß, und die Anwälte können die juristischen Raisonnements aus den schriftlichen Urtheilen zur Genüge nachsehen. Ich werde hierin durch die Erfahrung bestärkt: Die Parteien sind regelmäßig bei ihren

Prozessen so aufgeregt, zumal wenn das höchste Gericht über ihre Privatinteressen abspricht, daß man ohne Uebertreibung sagen kann, sie seien für die Gründe des Urtheils ganz unempfänglich. — Uebrigens wenn man diesfalls den Parteien neben dem Dispositiv noch die Gründe mit auf den Weg geben will, so würde aus diesem Bestreben logisch noch nicht folgen, daß man die öffentliche Berathung einführen müßte, sondern daß dem Präsidium des Gerichtes aufgegeben würde, die entscheidenden Punkte mit dem Dispositiv zu eröffnen und den Nerv kurz und klar zu bezeichnen, der die Appellation zum Siege oder zum Untergange gebracht hat. Diese Uebung soll denn auch früher beim Obergerichte wirklich gewaltet haben.

2. Es erscheine für den Richter oft geradezu als wünschbar, seine Ansicht in Gegenwart der Parteien entwickeln zu können. Ich muß gestehen, daß ich dies für ganz unrichtig halte. Der betreffende Gesetzesentwurf ging davon aus und die begleitenden Motive nicht weniger, daß die öffentliche Berathung nur beim Obergerichte eingeführt werde, und nun frage ich: warum ist es für ein Mitglied des Obergerichts wünschbar, daß die Parteien seine Meinung kennen? Die Mitglieder des Obergerichtes sind doch nicht die Angestellten der Parteien, sondern sie sind dem Staate und sich selber verantwortlich, dem Rechte zu dienen, — aber gegen die Parteien haben sie nicht separate von der eben bezeichneten Aufgabe abweichende und anders geartete Verpflichtungen. Aus dieser öffentlich-rechtlichen Stellung des Richters würde also logisch folgen, daß ein Vertreter des Staates in jedem einzelnen Rechtsfalle den Berathungen beiwohne und mit sorgfältigen Augen darüber wache, ob jeder Richter die Akten gelesen, pünktlich den Ausführungen der Anwälte gefolgt sei, oder anstatt dessen die Zeitungen gelesen oder andere Geschäfte in der Zwischenzeit besorgt habe. Es würde daraus folgen, daß die französische Figur des **Ministère public (procureur général)** auch bei uns leibhaftige Gestalt annehmen und nach den Plädoyers nicht in den Ausstand treten müßte. Diese Einrichtung, die übrigens zu vertheidigen mir nicht in den Sinn kommt, hätte gegen jene Neuerung wenigstens noch den Vortheil, daß darin keine förmlich interessirte Kontrolle liegen würde, bei den Parteien aber ist auf das Votum eines Richters manchmal Hab und Gut und Ehre und Ansehen gesetzt. Unter diesen Umständen ist die Kontrole der Parteien begreiflicherweise eine sehr eigenthümliche, vielfach sehr gehässige, die für die Zukunft noch weitere sehr unliebsame Früchte tragen könnte. Ich sehe daher nicht ein, wie es den Richtern auch nur leise erwünscht sein könnte, die Parteien während den Berathungen vor sich zu sehen. Auf sie soll der Richter ja gerade nicht sehen und ihm sollen sie gleichgültig sein.

3. Es liege in der Oeffentlichkeit der Berathungen eine Garantie für sorgfältige Prüfung der Sache. Ich stelle umgekehrt den Satz auf: diese Neuerung ist wenig nützlich für die Rechtspflege und benimmt dem Gerichte die Würde, die es gegenwärtig noch bei uns an sich trägt, ganz. Es ist auch bei mir eine ausgemachte Thatsache, daß „bei dem Bildungsgrade und der sozialen Stellung“ der Mitglieder unsers Obergerichts anzunehmen ist, es werden dieselben ihre Ansichten ungefähr gleich frei zur Geltung bringen, ob die Parteien zuhören oder nicht. Ich halte zwar davon, es werde immer ein etwelcher Unterschied obwalten. Zweck der Berathung innerhalb der Gerichtsschranken ist nicht blos die Würdigung derjenigen Ansicht, die der Referent aufstellt, sondern offenbar gegenseitige Mittheilung der Ansichten und gegenseitige Belehrung. In Folge dessen ist es denn auch schon vorgekommen, daß eine Prozeßsache schließlich mit

Einwilligung des Referenten gegen den ursprünglichen Antrag entschieden worden ist, und noch viel öfter kam es vor, daß die Richter zuerst eine dem Antrage entgegengesetzte Meinung hatten, daß sie aber dann sich belehren ließen. Innerhalb der Gerichte gehen überhaupt manchmal bei der Urtheilsfindung Sachen vor, die zunächst auffallen könnten, die aber nur in der Natur der Sache liegen und wesentlich auf der Belehrung ruhen. Nun versteht es sich von selber, daß es in Gegenwart der Parteien sehr wenig schmeichelhaft für die Mitglieder des höchsten Tribunals ist, sich von ihren Kollegen belehren zu lassen; denn jedes Mitglied soll Träger und Inhaber des Jus summum sein. Es ist aber eine derartige Belehrung so wenig schmeichelhaft, daß die Richter dieselbe einfach nicht annehmen. Glaubt man wirklich, es sei bei einer öffentlichen Berathung die gegenseitige Belehrung so intensiv wie früher, oder glaubt man gar (was bei dem frühern Verfahren thatsächlich vorgekommen und unrichtigerweise auch bekannt geworden), daß ein Urtheil zuerst durch Stichentscheid des Präsidiums aufgehoben, in einer spätern nochmaligen Berathung aber wiederum durch Stichentscheid des Präsidiums bestätigt wird? Und doch zweifelt Niemand und zweifle auch ich keinen Augenblick, daß der Entscheid mit dem besten Wissen und Gewissen gefällt worden ist. — Die eben angeregte Thatsache führt mich auf die zweite Behauptung, daß die öffentliche Berathung der Würde des Gerichtes schade. Supponirt, es seien die Mitglieder des Gerichtes auch bei öffentlicher Berathung für die Belehrung empfänglich und sie ändern im Verlaufe der Berathung ihre rechtliche Auffassung oder es zeigt sich, daß ein Richter irgend eine Thatsache unrichtig aufgefaßt oder gar übersehen habe, was werden die Parteien dann von einem solchen Mitgliede sagen? Seine Gewissenhaftigkeit und seine Tüchtigkeit werden sie wohl nicht rühmen, sondern sie werden über das ganze Gericht losziehen und darüber schimpfen. Und doch kann es dem besten und gewissenhaftesten Richter passiren, daß er irgend eine Kleinigkeit bei Seite gelassen, welche Kleinigkeit aber in concreto die Sache ändert. Wird dies der Würde des Gerichtes keinen Eintrag verschaffen? Ich glaube dies allerdings und bin der Ansicht, man sollte alle Mittel anwenden, um diejenige Würde und Förmlichkeit der Gerichte sorgfältig zu konserviren, welche sie bei uns gegenwärtig noch besitzen. — Noch mehr. Es ist unter den Sachkundigen bekannt, daß sehr viele Urtheile nicht „mit Einmuth", sondern „mit Mehrheit" gefällt werden. Ehedem war es (vor Erlaß der frühern Prozeßordnung) Sitte, dies bei der Eröffnung der Urtheile ausdrücklich zu sagen, allein man fand, es sei richtiger, diese Unterscheidung zu beseitigen. Es unterliegt denn auch einem begründeten Zweifel nicht, daß das jetzige Verfahren weit vorzuziehen ist. Das Gericht steht den Parteien zwar als ein Kollegium von mehreren Personen gegenüber, allein nach Außen ist es eine Unitas. Das Gericht als solches ist verantwortlich, das Urtheil wird auf seinen einheitlichen Namen gestellt, die Raisonnements der einzelnen divergirenden Richter sind im Urtheile nicht enthalten, sondern Alles hat eine harmonische Gestalt. Es versteht sich von selber, daß durch die öffentliche Berathung dieses wichtige Prinzip implicite aufgehoben wird.

Ich resümire dahin: Die öffentliche Berathung ist ganz unzweckmäßig. Hiergegen können die Erfahrungen beim schweizerischen Bundesgerichte (Art. 181 des eidgen. Zivilprozesses) nicht angerufen werden. Auch dort ist dieses Institut nicht am Platze. Ich gebe freilich zu, daß dort daraus kein ernstlicher Schade für die Rechtsprechung entsteht. Die Bundesrichter

sind zum Glücke den Parteien ganz entrückt. Kann man das Gleiche sagen bei den engen Verhältnissen eines Kantons? Ich glaube es nicht.

Die öffentliche Berathung ist speziell ein Unglück in Straffällen und hier sollte sie je früher um so besser abgeschafft werden. Zum Glück haben die zürcherischen Gerichte von der Fakultät des § 145 noch nie Gebrauch gemacht. Die Oeffentlichkeit der Berathung existirt also blos bei der Appellationskammer und beim Kassationsgerichte.

Die öffentliche Berathung besteht noch in den Kantonen Schaffhausen und Bern. Im letztern Kantone findet sie in Zivilprozessen sowohl bei den Amtsgerichten als beim Appellations- und Kassationshofe statt. Der § 290 des Zivilprozesses schreibt nämlich vor:

„Nach Anhörung der Vorträge der Parteien fällt das Gericht in öffentlicher Berathung und Abstimmung über den Streitfall sein Urtheil."

Das Gesetzbuch über das Verfahren in Strafsachen von 1850 schreibt die öffentliche Berathung und Abstimmung in Art. 271 sogar für die Strafgerichte vor. Bereits im Jahre 1879 fand man sich jedoch veranlaßt von diesem Uebermaß der Oeffentlichkeit zurückzukommen und in den Art. 272 des dermal geltenden Strafprozeßgesetzes die Bestimmung aufzunehmen, daß die Berathung und Abstimmung geheim zu geschehen habe. Diese Aenderung war absolut nothwendig, da vor den Assisen Fälle vorkamen, wo die Richter in ihren Ansichten über die Anwendung der Strafgesetze auf den Wahrspruch der Geschwornen und über die Strafzumessung so auseinander gingen, daß sich sogar die Angeschuldigten bei Eröffnung des Urtheils beschämende Bemerkungen darüber erlaubten.

Ich knüpfe an diese Ausführung die Bemerkung, daß in neuester Zeit im Kanton Bern projektirt wird, auch in Zivilsachen zur geheimen Berathung zurückzukehren. Stooß sagt (Die Revision der bernischen Gerichtsorganisation p. 12 und 13) diesfalls Folgendes:

Die Kommission fand, die Gestalt des rein mündlichen Verfahrens bedinge Nichtöffentlichkeit der Berathung. Den Richtern muß ein zwangsloser Meinungsaustausch über die Ergebnisse der Prozeßverhandlung gestattet und ihnen ermöglicht werden, sich gegenseitig in der Feststellung des Thatbestandes, in der freien Würdigung des Beweises und der Urtheilsfindung zu unterstützen. Während die Richter gegenwärtig auf Grund von Aktenstudium referiren und votiren, wird beim mündlichen Verfahren ein Debattiren über das Streitverhältniß nicht zu entbehren sein. Ein solch' freies Durchsprechen des Falls in öffentlicher Sitzung bietet vielerlei Bedenken. Wir wollen nicht betonen, daß die Gesprächsform der Berathung mit der Würde des Gerichts sich schwer vereinigen läßt und von einer möglichen Einmischung der mitwirkenden Anwälte, Sachverständigen, Zeugen und Parteien ganz absehen. Nachdruck legen wir aber darauf, daß die Urtheilsfindung beim mündlichen Verfahren ein geistiges Durchdringen des Prozeßstoffes voraussetzt und eine angestrengte logische Thätigkeit der Richter erfordert, welche ihnen in Anwesenheit eines verhältnißmäßig zahlreichen Publikums nicht zugemuthet werden kann. Wir erinnern nur an die prozeßleitende Befugniß einer Trennung der Verhandlungen. Dann aber darf nicht übersehen werden, daß der Grundsatz der freien Beweiswürdigung den Richter nöthigt, sich über die innere Qualität der Beweise Rechenschaft zu geben und die Glaubwürdigkeit von Zeugen und Parteiaussagen sich nicht wie bisher nach rein äußerlichen Gesichtspunkten beurtheilen wird. Auch diese psychologische Untersuchung verträgt die störenden Einflüsse eines öffentlichen Sitzungslokals nicht; nicht minder dürfte es im Interesse der Betheiligten liegen, daß die Abwägung des Beweiswerthes ihrer Aussagen nicht im Beisein Dritter erfolgt.

In Deutschland war man von Anfang an mit nicht öffentlicher Berathung und Abstimmung einverstanden und stritt sich nur darüber, ob die

Zulassung von andern Gerichtspersonen als den erkennenden zu gestatten sei.

Die ganze Frage büßt übrigens Vieles an Bedeutung ein, sobald der Richterstand unbedingtes Zutrauen verdient und man sich gewöhnt, die Frage als eine prozeßrechtliche anzuerkennen und auf historische Reminiscenzen zu verzichten. Der Prozessualist Bayer sagt darüber: „Daß von der Einführung der Oeffentlichkeit zum Zwecke der Urtheilsfindung durch das anwesende Publikum nicht mehr die Rede sein könne, versteht sich wohl von selbst."

Auch wird von besonnenen Vertheidigern der Oeffentlichkeit nicht in Abrede gestellt, daß diese für das Verfahren in Kriminalsachen eine größere Bedeutung habe als für den Zivilprozeß, sowie daß die Oeffentlichkeit der richterlichen Berathung weder hier noch dort empfohlen zu werden verdiene.

Wir halten es daher für geboten, für die Berathung der Zivil- und Strafgerichte die Oeffentlichkeit auszuschließen. — So weit Stooß l. c.

§ **146.** Bei geschlossener Sitzung ist jede Partei berechtigt, außer ihrem Anwalte zwei Freunde oder Verwandte beizuziehen.

§ **147.** Bei den Berathungen stellt zuerst der Referent seinen Antrag. Sodann findet freies Wortbegehren statt, wobei das Wort in erster Linie Denjenigen zu ertheilen ist, welche Gegenanträge stellen wollen.

Der Präsident eröffnet, wenn er nicht einen Gegenantrag stellen will, seine Meinung zuletzt.

§ **148.** Sitzt das Gericht in ungerader Zahl, so ist zu einem Entscheide die absolute Stimmenmehrheit erforderlich und steht dem Präsidenten ein Stimmrecht nur bei gleichgetheilten Stimmen zu.

Sitzt das Gericht in gerader Zahl, so nimmt der Präsident gleich den übrigen Richtern an der Abstimmung Theil, und es macht bei gleichgetheilten Stimmen diejenige Ansicht Recht, für welche sich der Präsident ausgesprochen hat.

Vorbehalten bleiben die Wahrsprüche der Geschwornen, zu deren Gültigkeit immer die Zustimmung von neun Geschwornen erforderlich ist.

§ **149.** Richter und Geschworne sind verpflichtet, ihr Stimmrecht auszuüben und an allen ihnen vorgelegten Abstimmungen Theil zu nehmen.

Der Richter und Geschworne ist verpflichtet, zu einer Meinung über die Streitsache zu gelangen. Nur bei politischen Körperschaften besteht das Recht der Enthaltung.

§ **150.** Während fünf Wochen vom zweiten Sonntag des Heumonates an sind bei allen Gerichten Gerichtsferien.

Während dieser Ferien finden keine Gerichtssitzungen statt und stehen alle gerichtlichen Fristen in den beim Handelsgerichte, bei den Bezirksgerichten, Bezirksgerichtspräsidenten und Konkursrichtern anhängigen Zivilprozessen und Auffallsstreitigkeiten still.

Vorbehalten bleiben besonders dringliche Fälle, für deren Behandlung auch während der Gerichtsferien die geeigneten Maßnahmen zu treffen sind.

Aber es ist wohl zu beachten, daß die gesetzlichen Fristen während den Ferien nicht stille stehen. Cf. auch §§ 152.

§ 151. Jedes Gericht ist befugt, auch im Herbst während zwei Wochen seine Sitzungen einzustellen.

Es sollte in dieser Beziehung unter den Gerichten mehr Uebereinstimmung herrschen.

§ 152. Auf die Verrichtungen der Friedensrichter und auf das summarische Verfahren haben die Gerichtsferien keinen Bezug.

B. Mündlichkeit. Protokolle.

§ 153. Das Verfahren vor den Gerichten und Gerichtspräsidenten ist, wo das Gesetz nicht schriftliche Eingaben vorschreibt oder ausdrücklich zuläßt, mündlich.

Der alte gemeine deutsche Zivilprozeß ruhte auf dem Systeme der Schriftlichkeit. Darnach wurden dem Effekte nach die Parteien als Taubstumme behandelt. Bei uns ist der Prozeß nie zu einem bloßen Aktenstücke degradirt worden. Wir hatten immer wesentlich mündliches Verfahren. Dieses Prinzip ist auch im neuen deutschen Reichsprozesse eingeführt. Daneben ist freilich auch die Schriftlichkeit rationell benützt (Wach: Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung 1879, p. 1—38).

Es unterliegt einem begründeten Zweifel nicht, daß das wesentlich mündliche Verfahren das richtigere System ist. Cf. Feuerbach: Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege (1821).

1. Der Prozeß marschirt dabei schneller vorwärts.
2. Der ganze Rechtsstoff wird dabei besser beherrscht, weil das lebendige Wort ihn auseinandersetzt.

Aber das Prinzip der Mündlichkeit wird passend korrigirt durch Zulassung von Schriftsätzen. Die reine Mündlichkeit im Zivilprozesse einzuführen wäre überhaupt nicht möglich.

Die sogenannte Beweisinstanz ist nach unserm Prozeßgesetze (§ 344) schriftlich.

Ich verweise ferner auf die Bestimmungen über das schriftliche Vorverfahren, das in einzelnen Ausnahmsfällen gestattet ist (§§ 487—496).

Der Kanton Thurgau beabsichtigt sogar prinzipiell das schriftliche Vorverfahren (der Hauptverhandlung vorausgehend) einzuführen (Gesetzesentwurf XI. Motive des Obergerichts p. 29/30 und Bericht des Regierungsrathes p. 38/9).

§ 154. Schriftliche Eingaben von ungebührlichem Inhalte oder unnützer Weitschweifigkeit sind an die betreffende Partei zur Umänderung zurückzuweisen.

Eine spezielle Anwendung cf. in § 494.

§ 155. Für jede Zivil- oder Strafprozeßsache ist ein besonderes Protokollheft anzulegen und bei den betreffenden Akten aufzubewahren.

§ 156. Das Protokoll wird bei gerichtlichen Verhandlungen nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen vom Gerichtsschreiber geführt.

Der Friedensrichter führt sein Protokoll selbst.

Dafür, daß die gesetzlichen Vorschriften beobachtet worden seien, bildet die in dem Protokoll enthaltene Darstellung Beweis.

Bezüglich der friedensrichterlichen Protokolle vide § 11 der obergerichtlichen Verordnung und bezüglich derjenigen, welche die Bezirksgerichtskanzlei zu führen hat § 28 cit.

Das Protokollwesen liegt bei uns ganz im Argen.

Von ganz entscheidender Bedeutung sind die Protokolle der Hauptverhandlungen. In dieser Beziehung möchte ich allen Denjenigen, die in die Lage kommen, Protokolle anzufertigen, die energischen Worte in Erinnerung bringen, welche das Obergericht in einem Zirkular an die Bezirksgerichte (25. Juli 1831) geäußert hat:

„Vor Allem aus werden Sie ihr stetes Augenmerk auf sorgfältige Protokollführung richten, denn es ist dieselbe die erste und wichtigste Garantie für jeden Rechtsbedürftigen. Alles was eine Partei zur Begründung ihrer Sache Gehöriges dem Gerichte vorträgt, soll in's Protokoll aufgenommen und dadurch dem Richter erster und zweiter Instanz ein solides Fundament seines Urtheils, der Partei aber die Garantie gewährt werden, daß die Aufmerksamkeit des Gerichtes für die ganze Dauer des Prozesses wirklich auf ihren Vortrag gerichtet gewesen sei.

„Halten Sie strenge darauf, daß die Vorträge der Parteien in ihrem wesentlichen Inhalt so aufgezeichnet werden, daß sicher angenommen werden dürfe, was nicht im Protokoll stehe, sei auch nicht vorgebracht worden.

„Vergessen Sie nie, daß das erstinstanzliche Protokoll die Hauptgrundlage auch der zweitinstanzlichen Beurtheilung sein wird, indem wir, eingedenk der gehörigen Stellung der ersten Instanz und damit die Mehrheiten der Instanzen Wahrheit sei, uns streng an der gesetzlichen Vorschrift halten werden, nach welcher das Obergericht keine erst vor demselben vorgebrachten Thatsachen, Rechtsbegehren oder Beweismittel berücksichtigen soll, es wäre denn, daß eine Partei sich darüber rechtfertigen könnte, daß es ihr unmöglich gewesen sei, das Betreffende schon vor erster Instanz vorzubringen und daß auch dann höchstens eine Rückweisung erfolgen darf. Seien Sie fest überzeugt, daß nichts einem Gerichte so sehr das Zutrauen des Landes im Allgemeinen und der Litiganten insbesondere sichert, als wenn letztere die feste Ueberzeugung hegen, daß alle ihre Gründe aufmerksam gehört und zu bleibendem Angedenken und jetziger Würdigung im Protokoll aufbewahrt werden, wozu denn natürlich die ohnehin durch das Gesetz gestattete freie Einsicht der Protokolle und Aushingabe beglaubigter Auszüge gehört. Sowie das Gerichtsprotokoll, ebenso werden auch die Kommissional-Protokolle Ihre äußerste Sorgfalt in Anspruch nehmen, namentlich können wir Sie nicht genug auf die Wichtigkeit einer genauen Protokollführung in Lokalstreiten aufmerksam machen, weil durch sorgfältige Beschreibung der Lokalität womöglich verbunden mit einer ganz einfachen (aber richtigen und verständlichen) Handzeichnung in der Regel die Lokalbesichtigung durch eine obergerichtliche Kommission unnöthig gemacht und dadurch den Parteien großer Kostenaufwand erspart werden kann."

§ 157. Das Protokoll wird in chronologischer Ordnung geführt; dasselbe soll Zeit und Ort der gerichtlichen Verhandlung und die Personen, welche bei derselben mitgewirkt haben,

genau bezeichnen, sowie alle Verfügungen, Beschlüsse und Urtheile enthalten, die letztern jedoch nur im Dispositive.

Urtheile und Erledigungsbeschlüsse sind überdies in chronologischer Ordnung in besondere Spruchbücher einzutragen.

§ 158. Bei Abhörung von Zeugen und Sachverständigen ist bloß der wesentliche Inhalt der Einvernahme zu Protokoll zu nehmen; Einvernahmen von Parteien und Angeschuldigten sind in der Regel in der Form von Fragen und Antworten zu protokolliren, jedoch mit Weglassung bloßer Wiederholungen.

Das Protokoll soll den Betreffenden unmittelbar nach der Einvernahme vorgelesen und ihre Erklärung über die Richtigkeit desselben ebenfalls in dasselbe aufgenommen werden.

Werden schon einvernommene Zeugen noch einmal vor Gericht abgehört, so werden bloß die Abweichungen von den frühern Aussagen und allfällige Ergänzungen protokollirt.

Für die Protokollirung der vor Schwurgericht abgehörten Zeugen gelten die besondern Bestimmungen der Strafprozeßordnung.

Was die Protokollirung über die Einvernehmung von Zeugen und Experten anbetrifft, so kann nicht genug betont werden, daß der Protokollführer am besten thut, sich an die Ausdrücke derselben möglichst anzulehnen.

Leider wird die Vorschrift des § 158 über das System von Fragen und Antworten im Zivilprozesse regelmäßig nicht befolgt.

Bezüglich der Vorschriften über die von der Jury abgehörten Zeugen cf. § 861 ff.

§ 159. Von den Parteiverhandlungen werden, wo das Gesetz nicht etwas Anderes vorschreibt, bloß die Anträge der Parteien mit Weglassung aller faktischen und rechtlichen Begründung derselben protokollirt.

„Etwas Anderes" schreibt das Gesetz vor bezüglich der Hauptverhandlungen (§ 484). Cf. ferner §§ 387 und 393.1.

Das Protokoll über die Hauptverhandlung ist die Basis des ganzen Prozesses.

Cf. § 292 und ad § 334.

§ 160. Auf den Antrag einer Partei sind einzelne im Laufe einer gerichtlichen Verhandlung vorkommende erhebliche Erklärungen, Aeußerungen oder getroffene Maßregeln genau in das Protokoll aufzunehmen. Das Gericht oder dessen Vorstand kann dies auch von Amteswegen anordnen.

Der diesfällige Bestandtheil des Protokolls wird sofort vorgelesen.

§ 161. Protokolle über die von den Gerichten gefaßten Erkenntnisse und Beschlüsse sollen denselben in der Regel je in

der nächstfolgenden Sitzung zur **Genehmigung** vorgelegt werden.

In allen wichtigen Fällen, welche nicht sofort zur Aburtheilung gelangen, sollte den Parteien auch eine Frist angesetzt werden, um sich über das angefertigte Protokoll auszusprechen. Das Prozeßgesetz enthält allerdings keine diesfällige Bestimmungen und an sich ist es selbstverständlich, daß jederzeit Protokollsberichtigungen verlangt werden können. So sagt es wenigstens das Obergericht (R.-B. 1879, p. 73/74). Daraus würde folgen, daß man nie wüßte, ob die durch das Protokoll geschaffene Basis des Prozesses allseitig anerkannt sei. Auch wäre es für die Litiganten und ihre Vertreter bequem, je nach Umständen Berichtigungen abzugeben. Dies kann einer verständigen Prozeßleitung nicht konveniren.

§ 162. Jedes **Protokoll** ist von dem Protokollführer zu **unterzeichnen**.

§ 163. In den Protokollen darf **Nichts ausradirt** oder mittelst Durchstreichens unleserlich gemacht werden.

Wird etwas Wesentliches durchgestrichen oder zwischen den Zeilen oder zur Seite geschrieben, so ist die diesfällige Veränderung durch den Protokollführer besonders zu beglaubigen.

In dieser Beziehung wird in der Praxis viel gesündigt. Vermöge der oft saloppen Anfertigung des Protokolls kommt es vor, daß die Parteivertreter gezwungen sind, große Rektifikationen geltend zu machen.

An einzelnen Orten werden Korrekturen sogar von Parteivertretern im Protokolle selbst notirt. Neulich wurden die Berichtigungen in dieser Form sogar ausdrücklich zugelassen. Wo bleibt da der Ernst des § 163? Wo bleibt hier die Ordnung?

§ 164. Die **Originalausfertigungen** der **Urtheile** sind mit den Unterschriften des Gerichtspräsidenten und des Gerichtsschreibers und mit dem Gerichtssiegel zu versehen; dagegen sind alle andern gerichtlichen Erkenntnisse, soweit überhaupt eine schriftliche Mittheilung an die Parteien stattfindet, in der Form von Protokollauszügen auszufertigen und lediglich vom Gerichtsschreiber zu unterzeichnen.

C. Acten.

§ 165. Alle Eingaben und Aktenstücke in einem Prozesse sind in der Reihenfolge ihres Eingangs dem betreffenden **Aktenhefte** beizulegen und in das **Aktenverzeichniß** einzutragen. Auf den Eingaben ist der Tag des Eingangs und auf den übrigen Akten der Name dessen, der sie eingereicht hat, vorzumerken. Ueberdies ist jedes Aktenstück mit der Ordnungsnummer zu versehen, mit welcher es im Aktenverzeichniß erscheint.

Nach dieser Gesetzesbestimmung ist es also unzuläßig, Akten und Eingaben, wenn sie einmal produzirt sind, einfach den Parteien zurückzustellen. Vorbehalten ist freilich die Rückgabe von Eingaben behufs Umarbeitung (cf. ad § 335 und § 494). Die Umarbeitung kann auch dann gefordert werden, wenn eine Partei im Beweisverfahren plädoyer-artige Erörterungen macht, anstatt sich an § 478 zu halten oder wenn eine Partei mehrere Beweiseingaben macht, anstatt eine einheitlich zusammenfassende

Arbeit vorzulegen. Eine Ausnahme von der Regel des § 165 mag ganz ausnahmsweise höchstens da zulässig sein, wenn eine Eingabe nach Form oder Inhalt gegen den Anstand verstößt oder wenn sie in einer fremden Sprache abgefaßt oder völlig unleserlich oder so unklar ist, daß der Richter über die Willensmeinung der betreffenden Partei sich nicht in's Klare zu setzen vermag (Beschluß der Appellationskammer Dürr 5. Juli 1881). Eine Rückgabe von Eingaben etc. ist ferner dann zulässig:

a) wenn das Gericht überall keine Auflage gemacht hat (immerhin vorbehalten §§ 337 und 676 und vorbehalten Protestationen und Rechtsverwahrungen);
b) wenn in der Beweisinstanz nach Ablauf der Frist Eingaben gemacht oder Akten produzirt werden (vorbehalten § 337);
c) wenn in der Schlußverhandlung Akten produzirt werden wollen (cf. ad § 431);
d) wenn vor Obergericht Beweismittel vorgelegt werden (vorbehalten §§ 337 und 676 und den Fall, daß überhaupt ein Beweisverfahren eingeleitet wird).

§ 166. Der Umschlag eines jeden Aktenheftes soll die Bezeichnung der Parteien, des Streitgegenstandes und die Nummer enthalten, welche das Geschäft in dem von der Gerichtskanzlei zu führenden Generalregister der von dem Gerichte behandelten Streitsachen trägt.

§ 167. Aktenstücke, welche von den Parteien eingelegt worden, dürfen erst nach Beendigung der Sache dem, der sie eingelegt hat, oder seinem Bevollmächtigten aushingegeben werden. Die Aushingabe darf bloß gegen einen Empfangschein erfolgen, welcher bei den Akten aufzubewahren ist.

Während des Streites darf die Ausfolgung nur aus zureichenden Gründen mit Bewilligung des Gerichtes oder seines Vorstandes und unter Anordnung der zu Vermeidung von Nachtheilen nöthigen Maßnahmen stattfinden.

Cf. Art. 87 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes.

In dieser Hinsicht ist die größte Diligentia anzuempfehlen.

Pläne, auf welchen ein Urtheil basirt (z. B. unter Verweisung auf dortige Einträge) dürfen auch nach Beendigung eines Streites niemals einer Partei aushingegeben werden.

§ 168. Sind Gerichtsakten abhanden gekommen, so sind die diesfälligen Handlungen so weit nöthig zu wiederholen und im Uebrigen das Verlorene aus den Handakten der Parteien auf Kosten Desjenigen, dem der Verlust zur Last fällt, herzustellen.

Zu diesem Behufe sind sämmtliche Parteien vorzuladen, und es sind dieselben pflichtig, alle auf die betreffende Sache bezüglichen Handakten behufs genauer Vergleichung und Abschriftnahme vorzulegen.

Bei der Unzulänglichkeit der Einrichtungen, die z. B. im Gerichtsgebäude im Selnau existiren, betrachte ich es als ein besonderes Glück, daß nicht sehr häufig der in § 168 vorgesehene Fall eintritt.

§ 169. In jedem Strafprozesse, in welchem Effekten zu den Akten kommen, ist ein genaues Effektenverzeichniß zu den Akten zu legen.

Werthschriften, die in einem Prozesse producirt werden, müssen selbstverständlich extra verwahrt werden.

§ 170. Die Akten werden unter dem Datum, unter welchem das Geschäft erstinstanzlich erledigt wurde, im Gerichtsarchive aufbewahrt.

Die Aufbewahrung derselben steht auch in Fällen, in denen eine obere Instanz angerufen wird, der Kanzlei des erstinstanzlichen Gerichtes zu.

Cf. § 682.

§ 171. Die Friedensrichter haben alle drei Jahre die Akten der erledigten Geschäfte sowie ihre entbehrlichen Protokolle in das Archiv des Bezirksgerichtes abzugeben.

D. Parteien, Vertreter und Rechtsbeistände.

§ 172. Jede handlungsfähige Person ist befugt, ihre Rechte vor Gericht selbst zu verfolgen oder zu vertheidigen.

Cf. §§ 317, 372, 374 des Zivilgesetzes. — Auch der nasciturus genießt eines provisorischen Schutzes (§§ 1914 und 1967 des Zivilgesetzes). Cf. Art. 5 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes.

§ 173. Die Rechte handlungsunfähiger oder juristischer Personen, sowie diejenigen von Behörden, Körperschaften, oder Gesellschaften werden durch ihre gesetzlichen oder statutarischen, beziehungsweise von ihnen bezeichneten Vertreter verfolgt und vertheidigt, mit Vorbehalt der abweichenden besondern Bestimmungen der Zivil- und Strafprozeßordnung.

Die Vorsteher von Korporationen bedürfen für Prozesse im Sinne der Mehrheitsbeschlüsse keiner weitern Vollmacht (Z. XVI, p. 100).

§ 174. In Zivilsachen können die Parteien beziehungsweise deren Vertreter (§ 173) selbst handeln oder sich durch eine andere im Besitze des Aktivbürgerrechtes befindliche Person vertreten oder verbeiständen lassen.

Vor dem Friedensrichter ist dieses Recht, sich vertreten zu lassen, bloß solchen Parteien gestattet, welche außerhalb des Wahlkreises wohnen, dem die Gemeinde des Friedensrichters angehört, oder welche am persönlichen Erscheinen verhindert sind; Verbeiständung ist gänzlich ausgeschlossen.

Es ist eines der schönsten Rechte des Bürgers, sich vor Gericht vertreten zu lassen. Dadurch allein kann auch der Schwache und Arme im juristischen Zweikampfe mit gleichen Waffen auftreten, wie der Starke und Reiche.

Wir haben keinen Anwaltszwang. Jedermann kann seinen Prozeß selbst führen. Will er sich vertreten lassen, so kann er zu dieser Rolle wählen, wen er will. Immerhin sind natürlich Behörden zur Parteivertretung nicht befugt (Z. XIX, p. 345).

Bis 1866 unterschied man im Kanton Zürich zwischen Prokuratoren und Fürsprechern. Beide mußten Examina ablegen und ein Patent auswirken. Seit 1875 kann Jedermann als Advokat auftreten. Das Patent wurde abgeschafft. Damit ist auch die frühere Verpflichtung der Advokaten erloschen:

a) amtliche Vertheidigungen zu übernehmen;

b) als Armenanwälte zu fungiren.

Wir leben jetzt unter sehr eigenthümlichen Verhältnissen. Ich habe dieselben schon in meiner Abhandlung (Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege V. p. 156 und 157) geschildert. Ich will diese Stelle hier wiederholen:

Als Parteivertreter erscheinen im Kanton Zürich neben „Advokaten und Geschäftsagenten," die unter dem frühern Regime patentirt wurden, auch etwa Individuen, welche schon bestraft, aber nicht im Aktivbürgerrecht eingestellt worden sind, ferner Kanzlisten oder sonstige Schreiber, Ignoranten ohne jede allgemeine vollends ohne juristische Bildung, ferner Personen, welche ihren Beruf verfehlt, dann durch den Zufall des Referendums oder der Volkswahlen ein Bezirksamt oder ein Gemeindsamt erlangt haben, während sie in einer Monarchie höchstens und mühsam die Würde eines Nachtwächters erklommen hätten: sie alle legen sich nach Belieben über Nacht den Namen von „Advokaten" oder „Rechtsagenten" bei und fühlen sich berufen, „Priester des Rechts" zu werden.

Jedes Individuum, das im Aktivbürgerrecht nicht oder nicht mehr eingestellt ist, kann darnach bei uns der procurator einer Partei sein: Die Qualität eines gewöhnlichen Patrioten oder Referendumsbürgers genügt also. So grenzenlos weit reicht die demokratische Freiheit des Kantons Zürich: zum Schaden des Rechts, denn es verlangt die Gewähr für absolute Ehrenhaftigkeit und Rechtskenntnisse, zum Schaden der Richter, denn die Richter haben im Allgemeinen und speziell unsere Richter das größte Interesse an einem guten und gelehrten Advokatenstande, zum Schaden des Publikums, denn das Prozessiren ist durch die Freigebung des Advokatenberufs theurer geworden, zum Schaden der gebildeten Advokaten, denn jeder korporative Sinn wird ausgelöscht und aus materiellen Interessen blos formal gepflegt. Zu wessen Nutzen besteht denn jene Freiheit? Zu Niemandes Nutzen und Frommen: Der staatsrechtlich entscheidende Gesichtspunkt allgemeiner Gleichheit verlangt jene Freiheit und das demokratische Staatsrecht dozirt jenes Dogma. Vermöge der bei uns eingeführten Freiheit kommen auch Rechtsanwälte und solche, die es behaupten zu sein, aus andern Kantonen zu uns und glauben dem grünen Zweige, den sie auswärts nicht gefunden haben, in unserm Advokaten-Eldorado zu begegnen. Das weniger Humoristische an der Sache liegt darin, daß es derartigen Leuten manchmal nicht einfällt, die zürcherischen Gesetze einer eingehenden und exakten Prüfung zu unterwerfen.

In Folge dieser eigenthümlichen Verhältnisse kommen in unsern Gerichtssälen manchmal mehr oder weniger komische Szenen vor. Es muß für Fremde einen eigenthümlichen Eindruck machen, wenn das Präsidium einen „Advokaten" oder „Rechtsagenten" vor dem Plädoyer interpellirt: Wie heißen Sie? Sind Sie im Aktivbürgerrecht nicht oder nicht mehr eingestellt? Ebenso wird es zum Nachdenken auffordern, wenn ein „Advokat" sich in Zeitungen auch als Wirth empfiehlt oder als Spezereihändler. Was würde Ulpian von jener, ich will nicht sagen Bande, aber von jener Klasse moderner Sacerdotes juris sagen? Erröthend würde er seinen unsterblichen Satz, der in l. 1 de justitia et jure 1. 1. geschrieben steht, streichen. Dort sagt Ulpian von Juristen, die ihren Beruf als eine heilige Aufgabe auffassen, Folgendes:

„Justitiam colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu

poenarum verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam non simulatam affectantes."

Trauernd die Sippe musternd, würde Ulpian noch hinzufügen: Turicum, wie tief bist du gesunken!

Es leuchtet ein, daß die Rolle eines gebildeten Advokaten im Kanton Zürich eine wenig beneidenswerthe ist. Wahrhaft deprimirend ist es, mit Parteivertretern vor Gericht aufzutreten, die man von Grund seiner Seele aus verachten muß, — mit Parteivertretern, die an Stelle der ihnen mangelnden Bildung nur die Sicherheit ihrer Arroganz in die Gerichtssäle bringen.

Unter der Herrschaft des gegenwärtigen Regime bildet sich bei den neumodigen „Advokaten" natürlich auch das Feingefühl nicht heraus, das so vielfältig im Kabinete des Rechtsgelehrten praktisch wichtig wird: z. B. bei den Rathschlägen bezüglich fingirter Geschäfte, doloser Verschreibungen, Antritt oder Ausschlagung von Erbschaften, bei Akkommodements u. dergl. In allen diesen und ähnlichen Verhältnissen wird ein gewissenhafter Advokat, der sich seiner Verantwortlichkeit gegenüber dem Rechte und dem Staate bewußt ist, mit der größten Entschiedenheit von unzuläßigen und unmoralischen Schritten abrathen. Wird der wilde ungeschulte und zuchtlose Advokat der neuen Mode das Gleiche thun?

Die zürcherische Advokatur steht auch da ohne jede Kontrole. Keine Rechtsstation und kein Gericht opponirt gegen ihre Ausschreitungen. Es ist kein Mittel vorhanden, um die Würde des Standes zu erzwingen. Der große Regulator ist nach der Fiktion des demokratischen Staatsrechts die öffentliche Meinung. Aber dieser Faktor funktionirt so gut unter der neuen Herrschaft der Dinge, daß es bei uns „Advokaten" gibt, die ihre Klienten „anpumpen", „Advokaten", welche die Honorare von ihren Klienten sofort nach Beendigung des Prozesses auf dem Wege der Exekution eintreiben, „Advokaten", welche den Zeugen nachlaufen, „Advokaten", welche mit besonderm Talente die Schlupfwinkel der Chikane aufsuchen, „Advokaten", welche Klienten in Wirthschaften anwerben, „Advokaten", welche überhaupt nicht einmal einen Hochschein von Standesehre besitzen, geschweige sie pflegen, „Advokaten", welche auch keinen Sinn für rein ethische Erfahrung des Berufes haben. So intensiv wirkt die öffentliche Meinung gegen diese Ausschreitungen, daß es immer noch Leute (sogar Richter) gibt, die derartige Advokaten zur Parteivertretung extra empfehlen.

Unter dem demokratischen Staatsrechte ist auch der Begriff der Inkompatibilität bedeutend reduzirt. Ich will hier nicht reden von der Vereinigung der Würde eines Wirthes mit der Richterstelle, eines Spezereihändlers mit der Advokatur u. dergl. Aber daß die Behörden ruhig zusehen, wie ein Bezirksrathschreiber neben seiner Stelle Agenturen übernimmt, Verhörprotokolle des Statthalteramtes schreibt und dann als Anwalt einer Partei auftritt: das geht über meinen Horizont.

Wie thurmhoch erhaben über diese Zustände der „reinen" Demokratie steht das deutsche französische und englische Barreau da! Mit dem festgefügten Ringe der korporativen Ehre sind seine Glieder umgürtet. Mit Exaktität und skrupulöser Genauigkeit wacht der Staat und wacht der Stand über die Ehre und Würde des Advokaten und scharf gerächt wird jede Sünde und jede Ausschreitung.

Hoffentlich wird dieser ausländische Rechtszustand die hiesige studirende Jugend dazu anspornen, das Drapeau der reinen Wissenschaftlichkeit mit um so größerer Begeisterung zu entfalten und dahin zu wirken, daß der schöne und erhabene Beruf des Advokaten auch bei uns wieder in seine alten Rechte eingesetzt werde. Zu einem rechten Advokaten bedarf es in allererster Linie eines ehrenhaften und rechtschaffenen Charakters. „Si le style est tout l'homme, la probité est tout l'avocat." Sodann muß der

gebildete Advokat jede, auch die einfachste Sache, in wissenschaftlicher Weise behandeln.

Ich weiß wohl, daß es sehr viele Leute gibt, welche über die „Kniffe“ der Advokaten schimpfen. Die verlierende Partei weiß darüber am meisten zu sagen. So war es immer und wird es wohl auch immer bleiben. Anno 1790 erschien in Frankfurt und Leipzig ein „allgemein juristisch-praktisches Lehrbuch für Unstudirte, für Bürger und Bauern, wie sie sich für die Ränke schlechtdenkender Advokaten und Richter sichern können“.

Durch derartige Angriffe muß sich der Advokatenstand nicht einschüchtern lassen.

Im Uebrigen sollten die gebildeten Advokaten mit den Richtern in gute Beziehungen treten: sie vereinigen sich in dem einen und gleichen Kultus des Rechtes und in dem Kampfe gegen das Unrecht.

Die inhaltsreiche und verantwortungsvolle Stellung des Advokaten ist nirgends edler dargestellt als es in einem französischen Buche von Mollot (Règles de la profession d'avocat I und II) geschah.

Billigerweise wird vom Bunde erwartet werden dürfen, daß er den unhaltbaren kantonalen Zuständen ein Ende bereite und von Gesetzes wegen gegenüber allen Advokaten den Satz aufstelle und in Erinnerung bringe: at first a gentleman and afterwards an advocate.

Der Advokat haftet für omnis culpa.

Nach zürcherischem Rechte besteht keine Taxordnung mehr. Das eidgenössische Recht hat die Festsetzung des Honorars grundsätzlich der Vereinbarung des Advokaten und Klienten überlassen und nur eventuell einen Tarif für das Verfahren vor Bundesgericht fixirt. Cf. das Bundesgesetz über die Kosten der Bundesrechtspflege. (Bundesblatt 1880 III. p. 403 und 2. Abtheilung, Anhang).

Die „Freiheit“ der Advokatur gestattet weder einen Vertrag de quota litis (nach welchem der Parteivertreter anstatt des Honorars einen Theil des Streitobjektes sich versprechen läßt) noch das palmarium, wornach er sich für die günstige Beendigung des Prozesses eine besondere Belohnung ausbedingt.

Daß endlich die Praevaricatio, d. h. das dolose Einverständniß des Advokaten mit dem Gegner unzuläßig ist, versteht sich von selbst. Es erscheint aber bei unsern Zuständen keineswegs überflüssig, es extra zu sagen.

§ 175. In Strafsachen steht dem Angeklagten das Recht, sich vertreten zu lassen, nur soweit zu, als die Strafprozeßordnung dasselbe ausdrücklich gestattet; dagegen kann er jeden im Besitze des Aktivbürgerrechtes befindlichen Handlungsfähigen als Rechtsbeistand zuziehen.

§ 176. Es ist in der Regel nicht gestattet, daß für dieselbe Partei mehrere Personen bei derselben Verhandlung das Wort führen.

Zur Ergänzung oder Berichtigung des Vortrages ihres Vertreters oder Rechtsbeistandes kann auch der Partei selbst noch das Wort gestattet werden.

In besonders detaillirten Fällen sind schon mehrere Vertreter zugleich zugelassen worden.

§ 177. Wer für einen Andern gerichtliche Handlungen vornehmen will, soll sein Recht dazu gemäß den Vorschriften der Zivilprozeßordnung durch eine Vollmacht nachweisen.

Auch im Strafprozeß kann von Demjenigen, der als Vertreter eines Angeklagten auftritt, Ausweis über seine Vollmacht verlangt werden.

Es ist rathsam und praktisch für die Parteivertreter, sich immer und von Anfang an mit Vollmachten auszurüsten. Ueberhaupt muß auf die Beschaffung gehöriger Vollmachten großes Gewicht gelegt werden.

§ 178. Die Handlungen und Unterlassungen des Bevollmächtigten sind für den Vollmachtgeber ebenso verbindlich, als wenn sie von ihm selbst ausgegangen wären.

Diese Bestimmung ist kopirt aus Art. 40 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes.

§ 179. Zeigt sich eine Partei oder ihr Vertreter als offenbar unfähig, eine Sache gehörig zu führen, so kann das Gericht die Partei anhalten, sich eines tüchtigen Rechtsbeistandes zu bedienen.

Die Bezeichnung „offenbar unfähig" weist darauf hin, daß das Gericht nur in seltenen Fällen von dieser Fakultät Gebrauch machen soll. Es liegt ein merkwürdiger Hohn in unsern Verhältnissen, daß es vor einiger Zeit möglich war, den § 179 auch gegenüber einem Advokaten der neuen Mode in Anwendung zu bringen.

Wenn § 179 zutrifft, so ist es in keinem Falle gestattet, eine allfällig im schriftlichen Vorverfahren gemachte Eingabe zurückzuschicken, sie außer Acht zu lassen und die Sache so zu behandeln, wie wenn jene Eingabe überall nicht gemacht worden wäre (cf. § 165).

Ganz das Gleiche hat zu gelten bei einer mündlichen Verhandlung: Dasjenige, was vorgetragen wurde, ist natürlich zu berücksichtigen.

Um die Sache in das formell richtige Geleise zu bringen, ist daher anzuordnen

a) entweder daß eine neue Verhandlung stattfinde,

b) oder daß die betreffende Partei ihre Eingabe schriftlich vervollständige, in beiden Fällen unter der Androhung, daß sonst lediglich auf das von ihr schon Vorgebrachte abgestellt und sie gemäß § 336 mit allen weitern materiellen Gesuchen, thatsächlichen Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweisanerbieten ausgeschlossen würde (Obergerichtl. Beschluß Dürr 5. Juli 1881).

§ 180. Ordnungsstrafen, welche ein Sachwalter verwirkt, treffen diesen selbst.

Diese Bestimmung ist kopirt aus Art. 40 i. f. des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes.

Anhang.

1. Wie weit darf man in einer Prozeßschrift gegen seinen Gegner gehen? (Cf. diesfalls Art. 22 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes.) Das Obergericht sprach sich (R.-B. 1876 Nr. 37) dahin aus:

Es leuchtet ein, daß eine Prozeßpartei berechtigt ist, vor Gericht auch solche Angaben zu machen, welche für die Ehre ihrer Gegenpartei nachtheilig sind, sofern diese Aeußerungen zur Unterstützung ihrer Anträge dienen können und wahr sind. Aber auch wenn sie nicht wahr sind, ist die Prozeßpartei für ihr Vorbringen nicht strafbar, wenn sie dasselbe für wahr gehalten hat und dieser Irrthum entweder

a) von ihrem Gegner selbst verschuldet oder

b) durch die Aktenlage nothwendig herbeigeführt wurde oder

c) ohne dasjenige Maß von Fahrlässigkeit entstanden ist, welches die Aeußerung als eine unbesonnene und leichtfertige erscheinen läßt.

Dieser Grundsatz bezieht sich natürlich auch auf die mündlichen Plädoyers. Man darf in der Ahndung von geringen Ausschreitungen nicht zu weit gehen. Die Parteien und die Vertreter gerathen bei dem juristischen Zweikampfe in eine sehr natürliche Aufregung.

2. Mit Bezug auf injuriöse Aeußerungen oder Schriftsätze eines Parteivertreters ist zu unterscheiden:

a) Hat der Vertreter den Auftrag dazu erhalten oder ist das Vorgehen wenigstens vom Klienten gebilligt worden? In diesem Falle kann der Vertreter nicht belangt werden.

b) Hat der Parteivertreter von sich aus die betreffenden Aeußerungen gethan? In diesem Falle hat er sie allein zu verantworten.

Cf. B. III. p. 75, Nr. 28 und Z. XVII. p. 146—148.

E. Vorladungen.

§ 181. Alle Vorladungen werden schriftlich erlassen.

§ 182. Die Vorladung soll enthalten:

1. die Bezeichnung der Person, an die sie gerichtet ist;
2. die Benennung der Prozeßsache beziehungsweise der Prozeßparteien;
3. die Aufforderung an den Vorgeladenen, vor Behörde zu erscheinen;
4. Zeit und Ort des Erscheinens;
5. die möglichst kurze, aber genaue Angabe des Grundes der Vorladung unter Hinweisung auf die gesetzlichen Folgen des Ausbleibens;
6. Datum und Unterschrift der Behörde, von welcher die Vorladung ausgeht, oder eines Kanzleibeamten derselben.

§ 183. Die Vorladung wird der Person, an die sie gerichtet ist, in der Regel (§ 188) amtlich zugestellt. Wird dieselbe in ihrer Wohnung nicht getroffen, so kann sie auch einem erwachsenen Hausgenossen zu Handen derselben übergeben werden.

Sollten jedoch die Hausgenossen des Vorzuladenden nicht im Stande sein, ihm die Vorladung rechtzeitig zuzustellen, so hat der Träger derselben hierüber lediglich der betreffenden Behörde Bericht zu erstatten.

„Hausgenossen" sind zunächst Personen, mit denen der Zitand zusammenwohnt.

„Amtlich". Die Bezirksgerichtskanzlei Zürich wurde ermächtigt (R.-B. 1875, Nr. 9, p. 143), auch in Zukunft Vorladungen und Insinuationen, für welche Empfangscheine zu erheben sind, durch die Waibel besorgen zu lassen, die Zustellung anderer Verfügungen und Beschlüsse dagegen einfach durch die Post zu bewerkstelligen.

Der Registrator des Obergerichtes wurde angewiesen, Vorladungen und Insinuationen, für welche Empfangscheine zu erheben sind, an Parteien in und um Zürich nicht mehr durch die Obergerichtswaibel, sondern durch die Ausläufer der Kanzlei anlegen zu lassen, die Zustellung anderer Verfügungen und Beschlüsse dagegen einfach durch die Post zu bewerkstelligen.

Die Berechnung von je 30 Rp. für eine Vorladung oder für Insinuation gegen Empfangschein an Parteien in und um Zürich wurde gebilligt, jedoch in der Meinung, daß diese Vergütung der Baarauslagen für Vorladungen jeweilen in die Kostenrechnung aufgenommen und erst bei Erledigung der Sache bezogen, für Insinuationen dagegen sofort von der betreffenden Partei erhoben werden.

Eine gesetzliche Vorschrift, wornach die Zustellung gerichtlicher Akte nicht an Sonn- und Festtagen erfolgen dürfte, besteht nicht (Rekurskammer Stiefel 23. Mai 1877).

§ 184. Vorladungen, welche nicht das persönliche Erscheinen einer Partei zum Zwecke haben, können auch dem Bevollmächtigten mit gleicher Wirkung abgegeben werden, wie wenn sie an die Partei selbst geschehen wären.

§ 185. Vorladungen an Personen, welche außerhalb des Kantons wohnen, werden der zuständigen Behörde des Wohnortes des Vorzuladenden mit dem Gesuche um deren Zustellung übermacht.

§ 186. Sind Gründe vorhanden anzunehmen, daß eine Vorladung dem Betreffenden nicht zugekommen sei, so wird die Wiederholung derselben angeordnet.

§ 187. Die Vorladung bleibt in den Händen des Vorgeladenen; ein Doppel oder statt desselben ein Empfangschein, geht zu den Akten, versehen mit dem Datum der Anlegung und der Unterschrift des Empfängers oder des Anlegenden. Geschah die Anlegung nicht an den Vorzuladenden selbst, sondern gemäß § 183 an eine andere Person zu dessen Handen, so ist dies auf dem Doppel oder dem Empfangscheine zu bemerken.

§ 188. Ueberall da, wo auch bei Beförderung und Anlegung der Vorladung durch die Post oder durch die Telegraphenverwaltung rechtzeitige Bescheinigung des Empfanges zu erwarten ist, darf die Vorladung durch einfachen oder chargirten Brief, beziehungsweise Telegramm, erfolgen.

Im Interesse der Sicherheit sollten die Zitationen, welche auf diesem Wege angelegt werden, immer chargirt („eingeschrieben") sein. — Cf. Z. XXIII. p. 409/10.

§ 189. Verändert eine Partei während eines Rechtstreites oder einer gerichtlichen Untersuchung ihren Wohnort, so hat sie bei Vermeidung einer Ordnungsbuße von Frkn. 5 — 20 hievon unverzüglich Anzeige zu machen.

Cf. Art. 54 und 55 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes.

§ 190. Kann Jemand, welcher persönlich vor Gericht erscheinen soll, der Vorladung wegen Krankheit keine Folge leisten, so hat er hievon der vorladenden Stelle unter Beilegung eines ärztlichen Zeugnisses sofort Kenntniß zu geben.

Wie wenn Jemand arktatorisch d. h. unter Androhung von Rechtsnachtheilen zitirt ist und sich entschuldigt ohne „Beilegung eines ärztlichen Zeugnisses"? Er wird in der Regel nicht ohne Weiteres als aus-

geblieben angesehen (Ob. G. Beschluß Zollinger 19. Sept. 1877). Wohl aber dann, wenn Jemand peremtorisch zitirt war. Bei einer peremtorischen Zitation kennt der Zitirte den vollen Ernst der Situation.

F. Ediktalladungen.

§ 191. Wenn die Zustellung der Vorladung an den Betreffenden unmöglich ist, so tritt an die Stelle der besondern (Spezial-) Vorladung die öffentliche (Ediktalladung).

Diese ist durch Einrücken in das Amtsblatt und nach Umständen auch in andere öffentliche Blätter zu bewerkstelligen.

Die Belege hiefür sind den Akten beizulegen.

Das „Gesetz betreffend die Einführung eines Amtsblattes" von 1833 (Off. S. III. p. 196) sagt zwar Folgendes: „Die darin enthaltenen Anzeigen werden als zur Kenntniß sämmtlicher dabei betheiligter Personen, sowohl in als außer dem Kanton gebracht angesehen."

Indessen wurden schon am 22. April 1843 die untern Gerichte durch das Obergericht angewiesen dafür zu sorgen, daß gerichtliche Erlasse in der Regel nicht nur dem Amtsblatte, sondern auch einem oder zwei andern der am meisten verbreiteten öffentlichen Blätter einverleibt werden (B. IV. p. 378; Z. XVIII. p. 204/5; Z. XIX. p. 351, Nr. 154 und 155; Ullmers Zivilprozeß, p. 121/2).

Diese Praxis ist nun durch die Vorschrift des § 191.2 legalisirt worden.

Cf. § 195 und ad § 515. — Cf. Art. 58 und 59 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes.

G. Mittheilung gerichtlicher Verfügungen und Erkenntnisse.

§ 192. Alle gerichtlichen Erkenntnisse sind den anwesenden Parteien mündlich zu eröffnen, den abwesenden Parteien dagegen, sowie einer untern Instanz schriftlich mitzutheilen.

Cf. § 346 und 466.

§ 193. Den Parteien sind endliche und erstinstanzliche Zivilerkenntnisse auch nach mündlicher Eröffnung immer schriftlich mitzutheilen, sofern nicht ausdrücklich oder stillschweigend (§ 457) darauf verzichtet wurde.

Ebenso sind zweitinstanzliche Zivilurtheile den Parteien im Dispositiv immer schriftlich mitzutheilen, in der Begründung aber nur dann, wenn sie bei der öffentlichen Berathung nicht anwesend waren, oder es ausdrücklich bei der mündlichen Eröffnung verlangen.

Durch diese Bestimmung wird das Recht auf schriftliche Mittheilung erstinstanzlicher Urtheile zu verzichten nicht an die Einhaltung einer gewissen Frist geknüpft und es liegt auch kein Grund vor, etwa mit Hinsicht auf die Berechnung der Appellationsfrist einen derartigen Verzicht nur dann zu beachten, wenn er unmittelbar nach mündlicher Eröffnung des Urtheils erklärt wird. Nach § 664 des zitirten Gesetzes liegt nämlich in dem Verzichte auf schriftliche Mittheilung des Urtheils zugleich die Erklärung, daß für den Verzichtenden die Appellationsfrist schon von der mündlichen Eröffnung an zu berechnen sei, also nicht etwa eine unzulässige Erstreckung der Appellationsfrist, sondern ein theilweiser Verzicht auf dieselbe (R.-B. 1875, p. 112).

Absatz 2 des § 193 halte ich für eine unglückliche Neuerung. Ohne Erwägungen erscheinen die Urtheilsdispositive als Orakel.

§ 194. Strafurtheile sind dem öffentlichen Ankläger auch nach mündlicher Eröffnung immer schriftlich mitzutheilen, Urtheile in Injuriensachen jedoch erst, wenn sie rechtskräftig sind und nur sofern eine Bestrafung erfolgt ist.

An die übrigen Betheiligten erfolgt schriftliche Mittheilung von Straferkenntnissen nach mündlicher Eröffnung nur auf ausdrückliches Verlangen und gegen vorläufige Bezahlung der Ausfertigungskosten. Vorbehalten bleibt das Recht eines freigesprochenen Angeklagten, eine schriftliche Ausfertigung des rechtskräftigen Urtheils zu verlangen, deren Kosten in die Prozeßrechnung fallen.

Die in § 193, 2. Satz enthaltene Beschränkung bezüglich der Mittheilung einer Begründung zweitinstanzlicher Urtheile gilt auch für die Strafurtheile und auch gegenüber der Staatsanwaltschaft.

Abwesenden Parteien sind die schriftlichen Ausfertigungen zuzustellen und nicht blos vorzulesen (Z. XIX. p. 349/50).

§ 195. Die Vorschriften über Anlegung von Vorladungen und Ediktalladungen finden analoge Anwendung auf die schriftliche Mittheilung der gerichtlichen Verfügungen und Erkenntnisse.

Die öffentliche Mittheilung erfolgt immer nur in den Dispositiven.

Ueber jede schriftliche oder öffentliche Mittheilung, auch bei endlichen oder letztinstanzlichen Verfügungen und Erkenntnissen, müssen Empfangscheine beziehungsweise die nöthigen Belege zu den Akten gebracht werden.

Auch hier gelten die Bemerkungen ad § 191. Insbesondere ist auch hier zu betonen, daß die Behörden schon längst notorisch davon abgegangen sind, die durch das Gesetz von 1833 geschaffene Fiktion als noch gültig zu betrachten (cf. auch Appellationskammer Faust 2. Juli 1881).

Mag die Mittheilung schriftlich oder öffentlich geschehen, so hat jedenfalls die Gerichtskanzlei den sichern Nachweis dafür beizubringen, daß den Parteien der Erlaß zugekommen sei (R.-B. 1875, p. 131).

H. Fristen und Tagfahrten.

§ 196. Der Richter ist an die gesetzlich vorgeschriebenen Fristen gebunden.

Eine Abkürzung ist nur zuläßig, wo das Gesetz dieselbe ausdrücklich gestattet und eine Erstreckung ist nur statthaft, wenn eine Partei im Laufe der Frist stirbt.

Man unterscheidet gesetzliche und gerichtliche Fristen (cf. auch Art. 63 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes). Eine Frist (dilatio) ist die Festsetzung eines Zeitraums für Vornahme einer Handlung.

Zu den gesetzlichen Fristen gehören:

a) die Appellationsfrist (§ 664);

b) die Rekursfrist in Konkurspendenzen (§ 684).
c) die Rekursfrist des summarischen Verfahrens (§ 693);
d) die Rekursfrist speziell im Rechtstriebsverfahren (§ 161 des Rechtstriebsgesetzes).

Diese Fristen können nie erstreckt werden.

Geschieht dies dennoch, so ist die Fristerstreckungsverfügung nichtig (Schauberg's Z. N. F. II. p. 311/2 und Z. XVI. p. 400/401 und Entscheid der Rekurskammer 15. September 1881 Schmid). Es ist einzig Restitution gegen deren Ablauf möglich.

Gerichtliche Fristen können aus zureichenden Gründen erstreckt werden (Cf. § 201).

§ 197. Bei Tagfahrten und Fristen, deren Ansetzung das Gesetz dem Richter überläßt, soll in der Regel nicht unter eine Woche hinab und nicht über drei Wochen hinaus gegangen werden.

„In der Regel". Diese Regel gilt auch für die Friedensrichter als Sühninstanz. Natürlich bleiben dabei dringliche Fälle vorbehalten (Z. XXII. p. 232/3). Cf. indessen beim Friedensrichter als Judex § 453.

Die Ausnahmen von der Regel sind überdies speziell auch in handelsgerichtlichen Fällen statthaft (Z. XX. p. 380/1). Cf. ad § 56.

Im Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten als Einzelrichter können die Vorladungs- und Beweisfristen bis auf die Hälfte der gesetzlichen Dauer abgekürzt werden (§ 466.2).

Im Befehlsverfahren kann auf 24 Stunden citirt werden und wenn die Partei nicht erscheinen kann, so soll sie sich sofort entschuldigen (Ob.-G.-Beschluß Meier 27. Oktober 1876).

Im Uebrigen muß betont werden: Die Termine und Fristen sollen nicht unter eine Woche hinabgehen. In der Praxis wird in dieser Hinsicht speziell an einzelnen Orten viel gesündigt.

§ 198. In der Regel sind nur festbestimmte Fristen (binnen so und so viel Tagen, bis zu dem und dem Tage) anzuberaumen

In allen Fällen, wo Fristen angesetzt sind, sollen Empfangscheine erhoben werden. Ein absolutes Erforderniß ist freilich das Insinuationsdokument nicht, vielmehr kann dasselbe auch durch ein anderes zuverlässiges Beweismittel ersetzt werden, z. B. durch ein Zeugniß des Beamten, durch welchen die Insinuation stattgefunden hat, wenn entweder der Insinuat die Unterzeichnung eines Insinuationsdokumentes verweigert oder wenn er demselben ein späteres Datum als dasjenige der stattgehabten Insinuation beigesetzt und in solcher Weise eigenmächtig die betreffende Frist zu erstrecken versucht hat (Z. XX. p. 368).

Die Parteien thun gut, das „Insinuatum" auf dem gerichtlichen Erlaß vorzumerken.

§ 199. Der Tag der Eröffnung einer Frist an die Partei oder der Tag der Publikation einer gerichtlichen Verfügung wird bei Berechnung der Fristen nicht mitgezählt; dagegen fallen die Sonn- und Feiertage nicht in Abrechnung.

Cf. Art. 64 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes.

Natürlich läuft die Frist auch erst vom Tage der Insinuation an. Nur da ist die Frist anders zu berechnen, wo das Gesetz ausnahmsweise ausdrücklich sagt, daß sie von der Versendung an läuft (Appellations-Kammer 21. September 1878 Beerli).

Es ist also verkehrt anzunehmen, es sei die Ansetzung von Fristen im Sinne des Gesetzes auch von jedem andern Zeitpunkte an zulässig z. B. vom Tage der Erlassung einer Verfügung an oder vom Tage der Versendung an. Nur aus besondern Gründen (cf. neben § 161 des Rechtstriebsgesetzes noch § 165 des Konkursgesetzes) kann die Fiktion aufgestellt werden, es sei die betreffende Verfügung schon mit der Erlassung oder mit der Versendung der Ausfertigung bekannt geworden. Das Gesetz hält die Kenntnißnahme der Verfügung für so selbstverständlich, daß es bloß bei den Rechtsmitteln ausdrücklich auf den Tag der Mittheilung hinweist (§ 664). Cf. R.=B. 1878, Nr. 65.

Nach dem eidgen. Zivilprozeßgesetz (Art. 73) ist bestimmt, daß wenn eine Frist an einem Sonn= oder Festtage auslaufe, die Handlung am nächsten Tage noch vorgenommen werden könne.

§ 200. Eine Frist gilt nur dann als innegehalten, wenn die Handlung, welche innert derselben vorgenommen werden soll, bis sechs Uhr Abends am letzten Tage der Frist vorgenommen wird.

Wo es sich also um Einreichung von Rechtsschriften u. s. w. handelt, sollen solche spätestens Abends sechs Uhr am letzten Tage der Frist in Händen des Vorstandes oder der Kanzlei der betreffenden Behörde sein; doch gelten Postsendungen, welche überhaupt am letzten Tage der Frist an ihrem Bestimmungsorte angekommen sind, als rechtzeitig abgegeben, auch wenn sie nicht mehr am gleichen Tage an die Adresse befördert wurden.

Sofort nach Eingang der Eingaben soll der Gerichtsvorstand oder der Gerichtsschreiber das „Präsentatum“ vormerken.

Der Grund, warum die Eingaben, welche von Privaten abgegeben oder welche mit der Post befördert werden, einer verschiedenen Behandlung unterliegen, besteht darin, daß die Beamten nach 6 Uhr Abends nicht mehr durch den Verkehr mit Andern gestört werden sollen (R.=B. 1880. Nr. 74).

Der Schlußsatz des § 200 bezieht sich auch auf Postsendungen, welche am gleichen Orte, wo das Gericht residirt, aufgegeben werden. Zur Abgabe von Eingaben 2c. an die Kanzlei läuft also die Frist um 6 Uhr ab, dagegen kann dazu die Post bis 8 Uhr benützt werden.

Nach der bundesgerichtlichen Praxis gilt eine Frist als innegehalten, wenn während derselben die Sendung der Post überhaupt übergeben worden ist.

Wie verhält es sich bei Postmandaten? Es sind dies keine „Postsendungen“: Das Geld wird nicht gesendet, sondern angewiesen.

§ 201. Verlegung einer Tagfahrt und Erstreckung einer richterlichen Frist darf nur aus zureichenden und gehörig bescheinigten Gründen stattfinden.

Wird das Erstreckungsgesuch erst nach Ablauf der Frist gestellt, so darf demselben nicht mehr entsprochen werden.

Cf. Z. XIX. p. 347/8. Im Rechenschaftsbericht von 1876, p. 76 wurden die Gerichte angewiesen, in Zukunft mit Bezug auf Erstreckungen richterlicher Fristen sich streng und konsequent an die Vorschrift des § 201 zu halten und solche Erstreckungen nur zu bewilligen, wenn dafür zureichende Gründe vorgebracht und diese gehörig bescheinigt werden (cf. Art. 67 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes).

Gegen Fristerstreckungen ist ein-Rekurs zulässig (Z. XIX. p. 347; XX. p. 380). Es liegt darin eine Verzögerung der Rechtspflege (§ 729).

Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß die Fristerstreckungsgesuche erst dann gestellt werden sollen, wenn es sich ergibt, daß die Einhaltung der ersten Frist nicht möglich ist.

§ 202. Im Zweifel wird eine erstreckte Frist vom Ablaufe der frühern an berechnet.

Wo es aber möglich ist, soll der Tag, bis zu welchem die Frist erstreckt wird, ausdrücklich in dem Erstreckungsbeschlusse bezeichnet werden.

Die im Absatz 1 vorgesehene Interpretation ist natürlich die günstigste Berechnung. Gibt eine Partei zu erkennen, daß die neue Frist schon von einem frühern Termine an laufen solle, so ist dieser Wille entscheidend.

Es ist nicht nöthig, daß ein förmlicher Erstreckungsbeschluß erlassen werde.

Wie, wenn der Richter eine Frist länger erstreckt, als die Partei erwünscht? Ein solches Dekret ist nichtig.

§ 203. Soweit nicht das Gesetz die Folgen der Nichteinhaltung einer Frist bestimmt, hat der Richter dieselben in jedem einzelnen Falle zum Voraus festzusetzen und den Parteien bei Anberaumung der Frist anzudrohen. Die Androhung soll nicht weiter gehen, als die Sorge für den ungestörten Fortgang des Prozesses es nothwendig erheischt.

Cf. ad § 179. Ein Bezirksgericht hatte dem Beklagten die vorgelegte Klageantwort zurückgestellt und ihn gestützt auf § 179 angewiesen, eine neue Antwort einzureichen unter der Androhung, daß sonst Anerkennung des thatsächlichen Klagegrunds und Verzicht auf Einreden angenommen würde. Diese Androhung ging zu weit (Ob.-G.-Beschl. Dürr 5. Juli 1881). Ebenso ist es nicht zulässig für den Fall, als eine Partei zur zweiten Verhandlung nicht erscheint, Anerkennung resp. Abstand von der Klage anzunehmen, wenn schon in einem frühern Termine die Klage begründet und beantwortet war. In diesen beiden Fällen genügt die Androhung, daß sonst lediglich auf Grundlage der vorliegenden Akten verfügt oder abgeurtheilt werde.

Cf. Z. XIX. p. 346/7. — Cf. endlich § 495.

Betreffend das summarische Verfahren ist hier zu bemerken: Der § 156 des Gesetzes betreffend die Schuldbetreibung gestattet allerdings unter der dort näher bezeichneten Voraussetzung, einen Angesprochenen unter der Androhung zur Audienz vorzuladen, daß bei wiederholtem Ausbleiben angenommen würde, er unterziehe sich der Rechtsöffnung. Wo es sich aber lediglich um die schriftliche Beantwortung eines Rechtsöffnungsgesuches handelt, geht die Androhung, daß bei Nichtbenutzung dieser Frist angenommen werde, gegen das Gesuch werde Einwendung nicht erhoben, offenbar zu weit. Nach § 203 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege soll die auf die Nichteinhaltung einer Frist zu setzende Androhung nicht weiter gehen, als die Sorge für den ungestörten Fortgang des Verfahrens es erheischt. Im vorliegenden Falle hätte sonach lediglich angedroht werden sollen, daß im Falle Stillschweigens auf Grund der vom Ansprecher vorgelegten Akten verfügt würde. (Entscheid der Rekurskammer in Sachen Freitag contra Oechsli 21. Juni 1881.)

Eine zerstörliche Frist kann nicht schon dann, wenn derselben eine Androhung beigefügt ist, als angesetzt angesehen werden, sondern es muß noch

hinzukommen, daß auch die Eröffnung einer Fristansetzung an den Betreffenden in einer Weise erfolgt sei, die Sicherheit dafür bietet, daß er die Bedeutung der Sache und namentlich die Gefahr, welche in der Nichtinnehaltung der Frist für ihn liegt, habe einsehen müssen. Dazu ist aber erforderlich, daß die Verfügung protokollirt und dem Betreffenden gegen Empfangschein schriftlich mitgetheilt wird, oder daß, wenn bloß mündliche Eröffnung erfolgt, demselben speziell bemerkt und im Protokoll besonders notirt werde, daß trotz mündlicher Eröffnung der Androhung werde Folge gegeben werden, wenn die Frist fruchtlos ablaufe. Im vorliegenden Falle hat der Bezirksgerichtspräsident nach seinem Berichte die Fristansetzung nicht protokollirt, sondern nur auf einem Couvert und zwar unvollständig oder wenigstens in einer nur für ihn verständlichen Weise notirt, daher würde es sich nicht rechtfertigen, die angesetzte Frist als eine zerstörliche im Sinne des Gesetzes zu betrachten (Beschluß der Rekurskammer vom 21. August 1877).

§ 204. Der Richter hat auf die Folgen der Versäumung von Fristen und Tagfahrten von Amteswegen zu erkennen, vorbehältlich des Rechtes der Gegenpartei, soweit sie dabei betheiligt ist, auf die Anwendung der Folgen zu verzichten.

Wenn auch nach dieser Gesetzesbestimmung der Richter von Amtswegen auf die Folgen der Versäumung von Fristen zu erkennen hat, so kann doch die Meinung des Gesetzes nicht die sein, daß der Richter von Amteswegen zu untersuchen habe, ob schon zu irgend einer Zeit, bevor die Weisung ihm eingereicht wurde, ein Klagerecht oder eine Einrede durch irgend welchen Fristablauf verjährt oder untergegangen sei. Vgl. Bayer Zivilprozeß Bd. II. p. 6 der neunten Auflage; Ober-Appellationsgericht zu Darmstadt in Seufferts Archiv VIII. Nr. 302; Ober-Appellationsgericht zu Oldenburg in Seufferts Archiv XVIII. Nr. 56; Obergericht zu Wolfenbüttel eod. XIX. Nr. 8 (R.-B. 1876, Nr. 28).

§ 205. Eine nicht eingehaltene Tagfahrt kann eine Stunde nach der in der Vorladung angesetzten Zeit für verwirkt erklärt werden.

Leider waltet bei uns ein großer Indifferentismus. Es gibt Leute, welche glauben, sie kommen immer noch früh genug.

§ 206. Wenn wegen Ausbleibens oder zu späten Erscheinens einer Partei oder ihres Vertreters eine Verhandlung nicht stattfinden kann, so soll jedes Mal der erschienenen Partei sofort volle Entschädigung zugesprochen und überdies der Fehlbare, falls er sich nicht binnen Frist zu rechtfertigen vermag, so weit nicht ein Mehreres angedroht ist, mit Ordnungsstrafe belegt werden.

„Volle Entschädigung" sollte jedesmal gesprochen werden. Cf. über dieses Kapitel ad § 275.

§ 207. Wider den Willen der Gegenpartei kann gegen eine versäumte Frist oder Tagfahrt Wiederherstellung nur dann ertheilt werden, wenn der Partei oder ihrem Stellvertreter mit Bezug auf die Versäumniß keine Nachlässigkeit zur Last fällt.

Cf. Art. 69—72 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes.

Unsere Gerichte sind nicht geneigt Restitutionen auszusprechen und dafür müssen sie gelobt werden. Die Ansetzung von Fristen würde zur reinen Komödie herabsinken, wenn man leichthin Restitution gewähren würde. Es muß dafür eine **justa causa** vorliegen (cf. Schaubergs Zeitschrift, Neue Folge, II. p. 312 sub b).

Restitution gegen den Ablauf der Bedenkzeit cf. R.=B. 1878, Nr. 67 i. f.; gegen die Verwirkung einer Appellation cf. Z. XVIII. p. 204 und 205; gegen den Ablauf der Beweisfrist Z. XIX. p. 348/9. Cf. ferner ad § 524.

Die Fristen haben im Zivilprozesse namentlich auch im Beweisverfahren einen furchtbar ernsten Charakter und die Parteien müssen dieselben mit der größten Skrupulosität und Exaktität beobachten. Es liegt diese Strenge in der Natur der Sache: es muß eben ein formeller Abschluß geschaffen werden.

Immerhin ist hier noch hinzuzufügen, daß es nach der Meinung des gegenwärtigen Gesetzes mit der Restitution nicht allzu schwer genommen werden müsse: es darf keine Nachlässigkeit des Restitutionspetenten vorliegen.

Eine Restitution ist niemals auszusprechen, bevor die andere Partei darüber angehört wurde. Von diesem Satze kann höchstens bezüglich der verspäteten Beweisproduktion da eine Ausnahme gemacht werden, wo die Verhandlungsmaxime nicht gilt (cf. §§ 508, 524, 538).

Kann gegen den Ablauf der durch das Konkordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel von 1852 festgesetzten Fristen (Off. zürch. S. IX. p. 254 § 2) Restitution ausgesprochen werden? Die Rekurskammer äußert sich (10. Aug. 1881 Stocker) dahin: Es ist diesfalls offenbar allein richtig, die Möglichkeit einer Restitution entweder ganz auszuschließen oder es damit zum Mindesten sehr streng zu nehmen.

I. Verbot des Berichtens.

§ 208. Privatbesuche der Parteien bei den Richtern, um sie von ihrer Sache zu unterrichten und sich ihrer Gunst zu empfehlen, sind als des freien Bürgers unwürdig und der Gerechtigkeit nachtheilig untersagt.

Diese Gesetzesbestimmung ist nach Styl und Inhalt ausgezeichnet. Es ist nur bedenklich, daß ihre Ausführung an einzelnen Orten sehr mangelhaft ist. Warum muß dieses Verbot überhaupt immer wiederholt werden? Zum Unglücke für die Rechtsprechung und die Unabhängigkeit des Richters gibt es immer noch Leute, die unter der unschuldigen Form, sich einen „väterlichen Rath" zu erbitten, dem Richter den Streitfall außergerichtlich vortragen und sich bemühen ihn zum Voraus für sie einzunehmen.

Zweites Buch.

Zivilprozeßordnung.

Einleitende Bemerkungen.

I. Die Requisite eines Zivilprozesses.

1. In einem Zivilprozesse darf es sich nicht um bloße Hypothesen handeln: es müssen wirkliche Rechte sein, die in ihrer Existenz oder nach ihrem Umfange der urtheilsmäßigen Feststellung unterworfen werden. In der Regel wird es sich um streitige Rechte drehen.

Beispiele unzuläßiger Klagen cf. Ullmer's Zivilprozeß p. 1 und 4. Es ist also nicht statthaft zu klagen:

a) Ob A Erbe des X sein werde?

b) Ob eine Gesetzesbestimmung so oder anders zu interpretiren sei?

c) Ob, wenn die Klage gegen A verworfen würde, B für Schadenersatz aufzukommen hätte?

d) Ob von einem allfälligen Ueberschusse einer dereinstigen Liquidation dem Kläger so und so viel zukomme?

Nota: Eine so gefaßte Klage hat indessen das Obergericht doch zugelassen. Die Streitfrage war dahin formulirt: „Ist der Beklagte verpflichtet, von einem allfälligen Ueberschusse bei der Liquidation seiner ehemals von Hanhard besessenen Schuldbriefe dem Kläger den Betrag von 1100 Fr. vorab zu bezahlen?" Cf. König's Zeitschrift XV. p. 501/2.

Die bisherige Theorie ging bei uns immer davon aus, für den Zivilprozeß sei entscheidend:

a) eine behauptete Rechtsverletzung,

b) das Vorhandensein eines Streites.

Gewiß läßt sich nicht verkennen, daß beide Momente sehr häufig vorliegen werden. Indessen hat Schulze: Das deutsche Konkursrecht p. 140—151 überzeugend dargethan, daß in jenen Faktoren nicht die Essenz des Zivilprozesses liege. Er führt l. c. aus, daß es beim Zivilprozesse ankomme auf die formelle rechtskräftige Feststellung von subjektiven Rechten, von Rechtsverhältnissen in der unanfechtbaren Formalisirung konkreten Rechtes. Schulze führt darnach aus, daß alle Zivilurtheile Feststellungsurtheile seien. Uebrigens hat auch Unger: System des österreichischen Privatrechtes II. § 116 betont, daß die Rechtsverletzung keine unerläßliche Bedingung für die Nativität der Klage bilde und daß diese Ansicht auf einer Verwechslung der Klageveranlassung mit der Klageentstehung beruhe.

2. Das festzustellende Recht muß der Regel nach ein Privatrecht sein.

Häufig drückt man sich dahin aus, das Charakteristische der Zivilprozesse liege darin, daß es sich dabei um die Frage über Mein und Dein handle. Bei dieser Ausdrucksweise wird das Eigenthum als der massivste Ausdruck und Repräsentant aller Vermögensrechte angesehen. Natürlich leuchtet Jedem ein, daß jene Bezeichnung zu enge ist. Es entstehen ja mannigfache Zivilprozesse aus der Ehe, aus der Paternität und Vormundschaft. Diese Spezialitäten gehören aber bekanntlich nicht zu den Vermögensrechten entweder überhaupt nicht oder nicht in jeder Beziehung.

Unter diesen Umständen ist es zutreffender zu sagen, Gegenstand des Zivilprozesses sei regelmäßig ein Privatrecht.

Das römische Recht hielt das Richteramt auch für geeignet und verpflichtet noch ganz andere Fragen zu beurtheilen. Der Prätor Q. Valerius prozessirte mit dem Konsul C. Catulus darüber, wem von Beiden die Ehre des Seesieges bei Aegusa gebühre und M. Lutatius wollte gar klagen auf Anerkennung, daß er ein Ehrenmann sei. Cf. Eck die neue deutsche Zivilprozeßordnung p. 37 (1873) und Jhering Geist des römischen Rechts II.1 § 28 i. f. Technisch wurde derartigen Spezialitäten der Eingang in den Zivilprozeß durch das Mittel der Sponsio ermöglicht. Cf. Bekker die Aktionen I. p. 255 ff.

Bei uns hat man sich einen solchen prozessualischen Luxus nie erlaubt.

Jene Regel, daß im Zivilprozesse ein Privatrecht zum Austrag komme, erleidet einzelne Ausnahmen.

a) Es gibt Pivatrechte, die nicht von den Zivilgerichten, sondern von den Verwaltungsbehörden entschieden werden. Freilich ist dies sehr selten.

Ein Beispiel findet sich in § 45 des zürcherischen Zivilgesetzes.

Gegenüber einer entarteten oder den Kredit oder andere öffentliche Interessen gefährdenden Korporation kann die Regierung reformirend einwirken.

Ueberdem kann der Große Rath Korporationen, welche unerlaubte oder unsittliche oder gemeinschädliche Zwecke verfolgen, auflösen.

Es ist jedoch vorher der Korporation Gelegenheit zu geben, sich zu vertheidigen und es ist der Aufhebungsbeschluß zu begründen.

Speziell mag hier noch beigefügt werden, daß die hoheitliche Aufsicht über die Eisenbahnaktiengesellschaften der kantonalen Regierung nicht mehr zusteht, seitdem überhaupt die Eisenbahnsouveränität auf den Bund übergegangen ist. Der Bund hat jetzt allein auch jene Aufsicht.

b) Es gibt auch einzelne öffentliche Rechte, welche vom Zivilrichter beurtheilt werden, z. B.:

α) ob Jemand Bürger einer Gemeinde sei (an civis sit).

β) wenn durch Verschulden einer Gemeinde Heimatlosigkeit entsteht, so hat der Regierungsrath das Recht die Einbürgerung zu verlangen. Existirt ein Streit darüber, so haben die Gerichte zu entscheiden.

Ueber die positiv-rechtliche Abgrenzung der Zivil- und Administrativstreitigkeiten cf. unten sub II.

3. Es wird sich im Zivilprozesse in der Regel um solche Leistungen oder Verpflichtungen handeln, welche zur Zeit der Litiskontestation fällig sind. Indessen ist dies nicht nöthig.

Die bisherige Theorie stellt den Satz auf: Das dem Gericht unterbreitete Recht muß zur Zeit der Klageanhebung fällig sein.

An dieser Theorie hat zuerst gerüttelt: Bähr: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (2. Aufl.) p. 314 ff.

Bähr wies auf das praktische Bedürfniß und den „Drang des Rechtsgefühls" hin, Anerkennungsklagen zuzulassen. Er betonte, daß die Praxis sie schon eingeführt habe, z. B.: Seuffert's Archiv III. Nr. 264, 305, 306, 383; XIV. Nr. 5.

Er zitirte ferner die Prozeßordnung von Baden (12. April 1851), die in § 278 sagt:

Auf Anerkennung von Rechtsverhältnissen und der daraus entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten kann auch ohne die Voraussetzung einer bereits stattgehabten Rechtsverletzung geklagt werden, wenn der Beklagte ausdrücklich oder stillschweigend eingewilligt oder der Kläger ein rechtliches Interesse bei der alsbaldigen Entscheidung hat.

Die Lehre von den Anerkennungsklagen fand dann eine weitere Bearbeitung von Degenkolb: Einlassungszwang und Urtheilsnorm (Leipzig 1877).

Jene Spezialität von Klagen wurde auch vom deutschen Oberhandelsgerichte anerkannt, z. B.: Entscheidungen V. Nr. 19, 63; IX. Nr. 12; XVIII. Nr. 15. Cf. auch Seuffert XXIII. Nr. 105; XXV. Nr. 176; XXXIII. Nr. 166.

Die neue deutsche Zivilprozeßordnung hat in § 231 ein Gleiches gethan.

Neuestens hat Schulze (l. c. p. 149 ff.) nachgewiesen, daß die Anerkennungsklagen mit Unrecht als Ausnahmen der prinzipiell zulässigen Klagen angesehen worden seien. Er betont, daß das Objekt der urtheilsmäßigen Feststellung eine gegenwärtige oder künftige Leistungspflicht sein könne. Es ist im letztern Falle blos erforderlich, daß der Kläger das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses dafür nachweise, daß der künftig fällige Anspruch schon jetzt judikatsmäßig konstatirt werde.

Ich theile die Ansicht von Schulze vollkommen.

Aus der zürcherischen Praxis ist hier noch zu betonen:

a) Es ist auch bei uns immer anerkannt worden, daß Leistungen, welche erst in der Zeit zwischen der Einleitung der Klage und dem Urtheile fällig geworden sind, durch das Urtheil gutgeheißen werden können. Cf. Ullmer's Zivilprozeß p. 75.

Diese Thatsache ist freilich nach der richtigen Theorie über das Wesen des Zivilprozesses nicht auffallend.

b) Die Anerkennungsklagen wurden ausdrücklich zugelassen. Vide eine Entscheidung in Z. XX. p. 22 und namentlich in König's Zeitschrift XIV. p. 535:

In der Regel sollen die Gerichte nur über bereits eingetretene wirkliche oder doch behauptete Rechtsverletzungen entscheiden. Indessen hat in neuerer Zeit die Auffassung immer mehr Anerkennung gefunden, daß auch mit Bezug auf solche obligatorische Rechte, deren Fälligkeit vom Eintritte einer Bedingung oder eines Termins abhängt, schon vor der Erfüllung der Bedingung oder vor dem Eintreffen des Termins auf Anerkennung der Richtigkeit der Forderung geklagt werden könne, namentlich dann, wenn der angebliche Schuldner das Bestehen der Schuld an sich bestreitet und der Gläubiger ein rechtliches Interesse daran hat, daß über deren Existenz schon vor dem Eintritt der Fälligkeit entschieden werde.

Im vorliegenden Falle bestreitet nun der Beklagte in der That jede Schuldpflicht und der Kläger hat ein Interesse an der sofortigen Entscheidung über die Richtigkeit seiner Ansprache schon darum, weil der Beklagte eine fällige an sich anerkannte Gegenforderung an ihn stellt und er seine eigene Forderung theilweise zur Kompensation benutzen will.

Im gleichen Sinne hat die Appellationskammer auch am 27. Sept. 1881 (Schurter) entschieden in einem Falle, wo die Bürgen für eine Bürgschaftssumme belangt wurden, die noch nicht fällig war. Das Obergericht

stützte sich auf das Interesse des Kreditors, daß jetzt schon festgestellt werde, ob die Bürgen die Summe verzinsen müssen.

Bezüglich dinglicher Klagen ist auf ein Urtheil der Appellationskammer vom 2. November 1878 (Schoch) zu verweisen.

4. In einem Zivilprozesse können nicht mehrere Personen alternativ verklagt werden.

Die Klagepartei hat eine bestimmte Position einzunehmen und zu behaupten, daß A oder B zu einer Leistung pflichtig sei.

Es geht also nicht an, ein Petitum dahin zu formuliren:

Ist die Nordostbahngesellschaft in Zürich oder die Wädensweil-Einsiedeln-Bahnverwaltung in Wädensweil pflichtig, an Kläger 1000 Franken Schadenersatz zu bezahlen?

Das englische Prozeßrecht ist das einzige Recht, das derartige Klagen gestattet.

Anhang.

Die Literatur über den Zivilprozeß.

I. Die zürcherische Literatur.

1. Ullmer: Der zürcherische Zivilprozeß nach den Gesetzen und der Praxis (Zürich 1861).
2. Treichler: Handbuch des zürcherischen Zivilprozesses. Zürich 1856, I. Band. Ein zweiter Band ist nicht erschienen.
3. Rüttimann: Zur Geschichte und Fortbildung der zürcherischen Rechtspflege. (Gesammelte Schriften 1876, p. 123—150.)

II. Die deutsche Literatur.

1. Bezüglich des alten gemeinen deutschen Zivilprozesses.
   a) Bayer: Vorträge über den gemeinen ordentlichen Zivilprozeß.
   b) Wetzell: System des ordentlichen Zivilprozesses.
   c) Bethmann-Hollweg: Der Zivilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung I—VI.
   d) Renaud: Lehrbuch des gemeinen Zivilprozeß-Rechts.
2. Bezüglich des jetzigen Zivilprozesses des deutschen Reichs ist z. B. zu verweisen auf das Lehrbuch von Endemann (III Bände) und auf das Werk von Struckmann und Koch. Sodann mache ich besonders aufmerksam auf Wach: Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung (Bonn 1879).

III. Die außerdeutsche Literatur.

1. Menger: System des österreichischen Zivilprozeßrechts. I. Bd. (1876).
2. Rüttimann: Der englische Zivilprozeß (1851). Diese Arbeit ist indessen durch die neuen Gesetze obsolet geworden.

II. Positiv-rechtliche Abgrenzung von Zivil- und Administrativ-Streitigkeiten.

Der Große Rath hatte schon am 23. Juni 1831 (Off. S. I. p. 239) ein Gesetz erlassen „über die Streitigkeiten im Verwaltungsfache.“ Der Regierungsrath hat (1881) eine Revision des Gesetzes beschlossen.

Der Zweck dieses Gesetzes ist die Ausscheidung der Kompetenzen der gerichtlichen und administrativen Jurisdiktion, wie dies auch der Ingreß desselben sagt. Selbstverständlich gelten die elementaren Prinzipien des Zivilprozesses auch im Administrativverfahren wie ja überhaupt der Zug des modernen Rechtes dahin geht, auch die Verwaltungsstreitigkeiten einem

geregelten prozessualischen Gange zu unterstellen. Schon in verschiedenen Staaten bestehen ja Verwaltungsgerichtshöfe (cf. Gneist: Der Rechtsstaat zweite Auflage 1879, und Sarwey: Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege 1880).

Das Gesetz lautet dahin:

In Gemäßheit des Art. 10 der (alten) Staatsverfassung, nach welchem die Befugniß, Streitiges zu entscheiden, in der Regel den Gerichten zusteht, jedoch ausnahmsweise diejenigen Streitigkeiten, welche sich unmittelbar in dem Wirkungskreise der Regierung und der Verwaltungsbehörden überhaupt bei Ausübung ihrer Verwaltungsbefugnisse zu erheben pflegen, zu besonderer Behandlung an die Verwaltungsbehörden gewiesen, zwischen den Streitigkeiten dieser besondern Art aber und den gewöhnlichen Zivilstreitsachen eine möglichst genaue Ausscheidung getroffen werden soll, verordnet der Große Rath, was folgt:

§ 1. Alle Streitigkeiten über Existenz und Umfang von erworbenen Rechten, mögen dieselben die rechtliche Persönlichkeit (status), oder Familien- oder Vermögensrechte betreffen, fallen unter die Beurtheilung der Zivilgerichte.

Ad § 1. Hieher gehören auch Streitigkeiten, welche sich über die rechtliche Existenz oder Nichtexistenz einer juristischen Person (Aktiengesellschaft 2c.) drehen.

Ferner ist durch eine Anleitung der Justizdirektion vom 29. Dezember 1862 anerkannt worden, daß über die Aufhebung eines Adoptivverhältnisses gemäß § 250 lit. b und c des Zivilgesetzes die Gerichte zu entscheiden haben. Diese Auffassung ist neuerdings wieder bestätigt worden (Rechenschaftsbericht des Regierungsrathes 1880, p. 259).

§ 2. Dagegen gehören in den Kreis der Verwaltungsbehörden folgende Anstände:

a) Ueber Ertheilung neuer, erweiterter oder veränderter obrigkeitlicher Konzessionen für Gewerbe, welche solcher bedürfen. Die Frage dagegen, ob Jemand ein solches Recht bereits habe, ist zivilrechtlich.

b) Ueber neue Ertheilung der Befugnisse zur Anbringung von Gebäuden und andern Anlagen auf anerkannten Reichsboden, See- und Flußbetten, zu Errichtung von Fähren, Brücken und Stegen über anerkannt öffentliche Gewässer. Hingegen die Frage, ob Jemand ein solches Recht bereits habe, ist Rechtssache.

c) Ueber Ausschreibung und Vertheilung von Steuern, Abgaben, Anlagen, Frohndiensten, Requisitions- und Einquartirungslasten, sei es an den Staat oder an Gemeinden. Die Leistungspflicht des Einzelnen dagegen im Fall der Aufstellung von Weigerungsgründen, die sich nicht unmittelbar auf die Ausschreibung oder Vertheilung beziehen, ist Rechtssache.

d) Streitigkeiten über Anordnung der Anlage oder der künftigen Unterhaltung von öffentlichen Land- und Kommunikationsstraßen, von öffentlichen Wegen, Brücken, Wuhrungen und Dämmen, über Einrichtung von Zöllen, Brücken- und Weggeldern.

e) Streitigkeiten über Anordnung von Gemeinds- und Korporationsangelegenheiten, namentlich in Beziehung auf künftige Verwaltung, Benutzung, Belastung und Veräußerung des Gemeinds- und Korporationsgutes und über die Errichtung von Gemeinds- oder Korporationsanstalten. Hingegen die Entscheidung über vermeinte bereits vorhandene Rechte des Einzelnen, ist Rechtssache und ebenso alle Rechnungsstreitigkeiten.

f) Streitigkeiten über Ertheilung und Aufgebung des Gemeindsbürgerrechts, über die Erlaubniß zur Niederlassung oder über die Aufnahme in eine Korporation; ebenso über Festsetzung der dabei zu entrich-

tenden Gebühren. Hingegen die Frage, ob Jemand wirklich Bürger, Ansäße oder Korporationsgenosse sei, ist Rechtssache, sowie auch alle Streitigkeiten über Bürgerrechtsvertröstungen.

g) Die Frage, ob anerkanntes Eigenthum aus Rücksichten des öffentlichen Wohls abgetreten werden müsse. Die Forderung der Entschädigung hingegen, wenn sie streitig wird, ist Rechtssache.

h) Streitige Bezirks- und Gemeindswahlen.

i) Streitigkeiten über Anordnung der Schifffahrtsverhältnisse auf Seen und Flüssen. Dagegen gehören alle diesfälligen Straffälle, Regreß- und Ersatzklagen und andere Forderungen vor die Gerichte.

k) Streitigkeiten zwischen Verwaltungs- oder Vollziehungsbehörden in den Gemeinden und Bezirken über die Grenzen ihrer Kompetenz und Geschäftskreise.

l) Streitigkeiten über Eintheilung und Abgrenzung der Gemeinden, insofern sie nicht zugleich das Eigenthumsrecht berühren.

Ad § 2 c. Die Art der Steuerdekretirung ist Administrativsache. Rechtssache aber ist die Frage, ob die Taxation nach den ökonomischen Verhältnissen des Besteuerten zu hoch sei. Neu geordnet sind diese Fragen durch das Gesetz betreffend die Vermögens-, Einkommens- und Aktivbürgersteuer von 1870 (Off. S. XV. 337). Darnach ist zu sagen:

a) Streitigkeiten über die Frage, ob ein Vermögens- und Einkommenstheil steuerpflichtig sei, werden von der Finanzdirektion unter Vorbehalt des Rekurses an den Regierungsrath entschieden (§ 10 des Gesetzes).

b) Absichtliche Verheimlichung von Vermögensstücken bei der amtlichen Inventarisation zieht das Zehnfache der Steuer, die für das betreffende Jahr umgangen wurde, als Strafe nach sich. Hierüber kann der Entscheid des Gerichts angerufen werden.

c) Das Gleiche gilt bei der Frage, ob wegen unvollständiger Versteuerung des Vermögens das Fünffache der in den letzten zwei Jahren zu wenig bezahlten Steuer zu entrichten sei (§ 39 des Gesetzes). — Die Finanzdirektion hat als Klägerin aufzutreten.

Ferner ist hier zu zitiren das Gesetz betreffend die Erbschaftssteuer (Off. S. XV. p. 234). Cf. speziell § 9.

Ich verweise ferner auf Schauberg's Z. N. F. I. p. 215 bis 253. — Letzthin ist entschieden worden, daß die Frage über die Begründetheit der nachträglichen Erhebung einer Supplementarsteuer von den Administrativbehörden zu entscheiden sei (Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege IV. p. 362).

Ad § 2 e. Diese Bestimmung bezieht sich bloß auf die öffentlich-rechtlichen Korporationen des Zivilgesetzes. — Die Gerichte haben zu entscheiden:

1. über die Frage, ob Jemand Mitglied einer Korporation sei, ebenso ob er mit Grund ausgestoßen worden sei (cf. Schauberg's Z. N. F. I. p. 412 und König's Zeitschrift XIV. p. 516 = R.-B. 1880, Nr. 40);
2. über die Frage, ob durch Beschlüsse wohlerworbene Rechte eines Einzelnen verletzt seien (§ 38 des Zivilgesetzes) oder ob die Beschlüsse in gesetz- oder statutenwidriger Weise gefaßt wurden oder ob sie über den Bereich des Korporationszweckes hinausgehen oder denselben wesentlich gefährden (§ 39 des Zivilgesetzes).

Cf. Z. XVII. p. 99 und Ullmer's Kommentar ad §§ 38 und 39.

Für einzelne Korporationen oder Genossenschaften können Spezialgesetze besondere Bestimmungen aufstellen. Es ist hier z. B. zu ver-

weisen auf das Gesetz über Bewässerung und Entwässerung von größern Grundflächen (Off. S. XIII. p. 267).

In neuerer Zeit trat bei den öffentlichen Korporationen (bei den Gemeinden) namentlich auch die Frage in den Vordergrund, nach welchen Kriterien eine Schuldexekution ihnen gegenüber durchzuführen wäre. Ich verweise diesfalls auf meine Broschüre: Die Schuldexekution und der Konkurs gegen Gemeinden (Zürich 1880). Sie ist auch abgedruckt in der Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege IV. p. 114—172.

Mit Bezug auf Stiftungen vide § 56 des Zivilgesetzes.

Ad § 2 g. Bei Expropriationen sind zwei Fragen grundsätzlich auseinanderzuhalten:

1. Die Abtretungspflicht.
2. Die Entschädigung für die Abtretung.

§ 2 g stellt das Prinzip auf: die erste Frage ist Administrativsache und die zweite Rechtssache.

Speziell ist hier hinzuweisen auf das neue kantonale Expropriationsgesetz vom 30. November 1879, auf §§ 580, 581 und 582 des Zivilgesetzes, ferner auf § 7 des Gesetzes betreffend die Benützung der Gewässer (Off. S. XVI. p. 535) und auf § 40 des Flurgesetzes (Off. S. XII. p. 662).

§ 3. Mit Ausnahme der unter lit. a, b und i enthaltenen Punkte, über welche der Regierungsrath nur das Gutachten des Bezirksrathes einzuholen hat, sind alle durch den vorhergehenden Artikel den Verwaltungsbehörden zugewiesenen Gegenstände bei dem Bezirksrathe anhängig zu machen. Ist dieser in einem vorkommenden Falle nicht einmüthig darüber einverstanden, ob das Geschäft als wirkliche Streitsache im Verwaltungsfache oder als einfache Verwaltungs- oder Rekurssache zu behandeln sei, so hat er darüber die Weisung des Regierungsrathes einzuholen. Die definitive Regulirung dieser Verhältnisse ist einem künftigen Gesetze vorbehalten.

§ 4. Die eigentlichen Streitigkeiten im Verwaltungsfache werden bei den Bezirksräthen durch einfachen oder, wenn die Beschaffenheit des Falles es erfordert, durch doppelten Schriftenwechsel geführt. Auf Verlangen der Betheiligten oder Gutfinden des Bezirksrathes können noch mündliche Vorträge gestattet werden.

§ 5. Gegen das Schlußerkenntniß des Bezirksrathes, welches die Gründe der Entscheidung enthalten soll, kann innerhalb einer Frist von 14 Tagen vom Empfange an gerechnet, die Weiterziehung an den Regierungsrath erklärt werden. In diesem Falle wird eine Abschrift des Protokolls über die Verhandlung und Beurtheilung der vorliegenden Streitsache, sammt allen Akten an den Amtsbürgermeister zu Handen des Regierungsrathes übermacht.

§ 6. Innerhalb der nämlichen Frist gibt der Betheiligte, welcher sich durch das Erkenntniß des Bezirksrathes beschwert glaubt, seine Beschwerdegründe dem Regierungsrathe schriftlich ein. Dieselben werden einer allfälligen Gegenpartei zur Beantwortung mitgetheilt.

§ 7. Der Regierungsrath entscheidet entweder sogleich oder überweist die Sache an eine besondere, für den einzelnen Fall zu ernennende Kommission, oder an ein, je nach der Beschaffenheit des Gegenstandes zu bezeichnendes, verfassungsgemäßes Regierungskollegium zur Prüfung und Begutachtung.

§ 8. Der Regierungsrath wird die Fälle bestimmen, in welchen, auch ohne Weiterziehung eines Betheiligten, die Bestätigung des Regierungsrathes für eine diesfällige Schlußnahme des Bezirksrathes eingeholt werden muß.

§ 9. Für die Behandlung und Beurtheilung der Streitigkeiten im Verwaltungsfache wird der Bezirksrath zu Handen des Staates sowohl als

des Statthalters, der Kanzlei und des Waibels, nach Analogie der Bezirksgerichte angemessene Gebühren von den Betheiligten beziehen.

§ 10. Der Regierungsrath bezieht in diesen Fällen sowohl zu Handen des Staats als seiner Kanzlei und Waibel von den Betheiligten angemessene Gebühren nach Analogie des obergerichtlichen Tarifes.

III. Betreffend die Stellung der Richter.

1. Der Richter muß ein unparteiischer Dritter sein. Hierüber kann ernstlich ein Streit nicht bestehen.

Bei Eisenbahngesellschaften kam es vor, daß in den allgemeinen Dienstvorschriften gesagt wurde, die Entscheidungen der Direktion seien in allen dienstlichen Verhältnissen als endgültig maßgebend zu betrachten. Diese Bestimmung wurde geltend gemacht in einem Prozesse, in welchem ein Eisenbahnangestellter auf rückständigen Lohn klagte. Das Begehren war von der Direktion abgewiesen worden. Das Obergericht drückte sich über die Bestreitung der Inkompetenz (R.-B. 1877, Nr. 44) dahin aus:

Es handelt sich um einen Vertrag aus Dienstmiethe und es ist selbstverständlich, daß bei einem derartigen onerosen Geschäfte nicht einer der beiden Kontrahenten das Recht haben kann, darüber zu Gericht zu sitzen, ob der Andere seinen Verpflichtungen nachgekommen und ob die bezügliche Strafe dem Vergehen entsprechend sei. Hierüber kann nur ein dritter Unbetheiligter richtig urtheilen und da kein Forum prorogatum zwischen den Parteien im Anstellungsvertrage vorgesehen ist, so stehen beide unter der gewöhnlichen Jurisdiktion der staatlichen Gerichte. Jene Bestimmung des Art. 15 in der behaupteten Interpretation würde förmlich contra bonos mores verstoßen und könnte schon deßwegen von den staatlichen Gerichten nicht geschützt werden.

Cf. indessen Seuffert's Archiv XXXIV. Nr. 34.

2. Der Zivilrichter ist von dem Entscheide des Strafrichters unabhängig.

a) Cf. R.-B. 1871, p. 16/17.

Das Gesetz betreffend das Strafverfahren vom 30. September 1852 enthielt in § 13 die Bestimmung, daß der Entscheid über Schuld oder Nichtschuld im Strafurtheile maßgebend sei für das damit zusammenhängende Zivilurtheil. Die seit dem 1. Januar 1867 geltende Strafprozeßordnung enthält aber eine der angeführten Bestimmung gleichlautende Vorschrift nicht mehr und es darf daher — so sprach sich die Zivilabtheilung gegenüber der ersten Instanz aus — nicht schon deshalb, weil der Beklagte von der Klage auf Fälschung einer Quittung freigesprochen worden war, ein nachher eingeklagter zivilrechtlicher Anspruch für unbegründet erklärt werden, sondern es ist noch zu prüfen, ob durch anderweitige Verhältnisse der Nachweis für die Unrichtigkeit jener Urkunde geleistet sei, beziehungsweise geleistet werden könne.

b) Cf. R.-B. 1880, Nr. 29.

Während der Gültigkeit der Strafprozeßordnung vom Jahre 1852, deren § 13, Satz 2 bekanntlich vorschrieb: „Der Entscheid über Schuld oder Nichtschuld soll für das damit zusammenhängende Zivilurtheil maßgebend sein", wurde mit Recht daran festgehalten, daß dadurch keineswegs etwa bestimmt werde, in jedem Falle einer Freisprechung könne eine Klage auf Schadenersatz mit Erfolg nicht angestellt werden, sondern daß jene Gesetzesbestimmung lediglich vorschreibe, nachdem der Str.frichter gewisse Thatsachen, aus denen ein Vergehen und wegen dieses Vergehens auch Zivilansprüche hergeleitet werden, als erwiesen, beziehungsweise unerwiesen erklärt habe, sei der Zivilrichter an diesen Ausspruch gebunden. Daneben stehe es ihm aber völlig frei, zu prüfen, ob nicht ein Anspruch auf Schaden-

ersatz aus andern Gesichtspunkten begründet sei (Schauberg's B. XVIII. S. 170, Z. I. S. 236, IV. S. 15). Nachdem nun aber jene Gesetzesbestimmung in das zur Zeit gültige Gesetz über die Rechtspflege nicht mehr aufgenommen worden ist, muß der Zivilrichter als berechtigt anerkannt werden, über einen ihm vorliegenden Schadenersatzanspruch aus einer unerlaubten Handlung so zu entscheiden, wie er es nach sorgfältiger Prüfung der Akten für richtig hält, gleichviel, ob sein Entscheid mit dem früher gefällten Urtheil im Strafprozesse in Widerspruch gerathe oder nicht. Es ist ja immerhin möglich, daß im Strafverfahren, sei es wegen Mangelhaftigkeit der Untersuchung oder wegen unrichtiger Auffassung des Thatsächlichen oder auch einer Rechtsfrage durch den Strafrichter, ein unrichtiges Urtheil gefällt wird und nun läge es weder im Interesse des Staates noch könnte es zur Hebung des Ansehens der Justiz beitragen, wenn in einem solchen Falle der Zivilrichter genöthigt würde, ein seiner Ueberzeugung widersprechendes Urtheil zu fällen, und dem durch ein unrichtiges Strafurtheil geschaffenen Unrecht eine weitere Ungerechtigkeit beizufügen, bloß um den Schein aufrecht zu halten, als sei jenes unrichtige Urtheil ein richtiges und werde von ihm als solches anerkannt.

Immerhin wird ein Strafurtheil auch auf den Zivilrichter von einem gewissen Einflusse sein. Das Obergericht sagt diesfalls (R.-B 1874, p. 27 Nr. 21) Folgendes:

Es besteht zwar keine gesetzliche Bestimmung, wornach der im Strafprozesse gefällte Entscheid über Schuld oder Nichtschuld auch für den Zivilrichter unbedingt maßgebend wäre. Aber es ist auch nicht vorgeschrieben, daß der Zivilrichter einem Strafurtheile nur dann Beweiskraft hinsichtlich der auf die Zivilfragen bezüglichen Punkte beimessen dürfe, wenn er im Stande sei, selbst aus den ihm vorliegenden Akten sich ein Urtheil über die Grundlage des Strafurtheils zu bilden. Auch im Zivilprozesse wird also der Entscheid der Geschwornen als richtig anzunehmen sein, wo nicht positive Gründe den Zivilrichter zu einer von dem Strafurtheile abweichenden Ueberzeugung bringen.

Cf. endlich betreffend die ganze Frage Bruck: Ueber die präjudizielle Wirkung des rechtskräftigen Kriminalurtheils auf die konnexe Zivilsache (Berlin 1875).

I. Abschnitt.

Allgemeine Bestimmungen.

A. Gerichtsstand.

209. Klagen und Gesuche sind bei dem Gerichte des Wohnortes des Beklagten anzubringen. Hat der Beklagte keinen festen Wohnsitz, so wird sein Gerichtsstand durch den Aufenthaltsort, und wenn ein solcher nicht bekannt ist, durch den letzten bekannten Aufenthaltsort bestimmt.

Vorbehalten bleiben diejenigen Klagen, welche an einen besondern Gerichtsstand gebracht werden müssen (§§ 212 u. 213), oder nach der Wahl des Klägers gebracht werden können (§§ 214 bis 217), sowie die Einsprachen gegen Verehelichungen,

die Ehescheidungsklagen und die Klagen auf Bevormundung und Entziehung der väterlichen oder ehelichen Vormundschaft, welche am Heimatsorte des Beklagten anzubringen sind, wenn derselbe außerhalb des Kantons wohnt.

Das Forum des Wohnortes ist die Generalregel für alle Prozesse und Gesuche und für alle Stände. Es ist das forum commune generale. Alle andern Fora gelten als Ausnahmen.

Unter Domizil versteht man den Ort, an dem ein Mensch den regelmäßigen Mittelpunkt der häuslichen und bürgerlichen Verhältnisse hat (cf. die poetische Stelle in l. 7. C. de incolis et ubi quis domicilium habere videtur). Wichtig ist dabei der animus remanendi, vergleichbar dem Besitzes-Animus. Das Domizil konstatirt sich ebenfalls animo et corpore.

Entscheidend ist das Domizil im Momente der Klageinsinuation. Bei uns wird aber angenommen, daß der Gerichtsstand schon begründet werde durch die Anlegung der Citation vor das Friedensrichteramt (Z. XVII. p. 338 und 339, Abhandlung von Professor von Wyß und Rechtsfall in Z. XXII. p. 220). Es ist dies um so mehr zu betonen, als die Litispendenz erst entsteht durch Einreichung der Weisung (§ 317).

Das Domizil ist auch nach dem schweizerischen Bundesrechte das forum generale wenigstens für persönliche Ansprachen (Art. 59 der Bundesverfassung und Morel in Blumer's Bundesstaatsrecht I. p. 412—444).

Das Forum des Domizils gilt auch für folgende Fälle:

1. Für Bestellung eines gerichtlichen Pfandrechts auf dem Wege des Rechtstriebs (Rechtstriebgesetz §§ 17 und 20).
2. Für die Konkurseröffnung (Konkursgesetz § 3).
3. Für die Errichtung freiwilliger Pfandverschreibungen (Verordnung betreffend die Führung der Pfandbücher § 24), ebenso für die Erneuerung derselben (cf. Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege IV. p. 344 und 345).
4. Zum Erlaß eines Befehls zur notarialischen Fertigung gekaufter Liegenschaften ist das Domizil des Verkäufers maßgebend (R.-B. 1876, p. 83, Nr. 4).
5. Für die Genehmigung eines Leibdingsvertrages entscheidet das Domizil des Leibdingnehmers. Die Appellationskammer sagt diesfalls (Entscheid 20. Mai 1880 Hs. Hch. Baumgartner):

   Daß der Gerichtsstand des Leibdingnehmers maßgebend sei, darf ohne Weiteres angenommen werden, da die gerichtliche Genehmigung offenbar hauptsächlich in dessen Interesse resp. im Interesse seiner Erben vorgeschrieben ist (§§ 1673 und 1676). Dagegen könnte es sich fragen, ob das Gericht des Wohnortes oder dasjenige des Heimatortes des Leibdingnehmers als das kompetente zu betrachten ist. Die gegenwärtige zürcherische Gesetzgebung enthält eine spezielle Bestimmung hierüber nicht. Nach dem frühern Gesetze betreffend die Errichtung von Leibdingstraktaten von 1812 (alte offizielle Sammlung V. p. 221 § 2) war das Bezirksgericht des Heimatortes kompetent. Dagegen bezeichnet § 1678 das Gericht des Wohnortes als zur Ansetzung einer Einsprachefrist an die Erben des Leibdingnehmers ermächtigt und es ist deshalb anzunehmen, daß demselben auch die Befugniß zur Genehmigung des Vertrages habe vom Gesetzgeber übertragen werden wollen, um so mehr, als auch nach dem Gesetze betreffend die Rechtspflege (§ 209) der ordentliche Gerichtsstand einer Person derjenige des Wohnortes ist.

Betreffend die Einsprachen gegen Verehelichungen ist jetzt Art. 35 des Gesetzes über Zivilstand und Ehe entscheidend (das Domizil

des Bräutigams). Ehescheidungsklagen und Klagen auf Ungültigkeit einer Ehe sind bei dem Gerichte des Wohnorts des Ehemannes anzubringen. Beim Abgange eines Wohnsitzes in der Schweiz kann die Klage am Heimat- (Bürger-) Orte oder am letzten schweizerischen Wohnorte des Ehemannes angebracht werden (Art. 43 cit).

Klagen der Armenpflege wegen Armenunterstützung gehören vor dasjenige Gericht, in dessen Kreis die unterstützungspflichtigen Anverwandten oder der größte Theil derselben sich befinden (§ 15 des Gesetzes über das Armenwesen Off. S. IX. p. 260).

§ 210. Für den Gerichtsstand des Wohnortes gelten folgende Grundsätze:

1) Personen, welche unter ehelicher oder väterlicher Vormundschaft stehen, theilen den Gerichtsstand ihres Ehemannes oder Vaters; leben indessen solche Personen als Studirende, Handwerker, Fabrikarbeiter, Dienstboten, Lehrlinge oder in ähnlichen Verhältnissen getrennt von ihrem natürlichen Vormunde, so können sie auch an ihrem Aufenthaltsorte für persönliche Verbindlichkeiten belangt werden, welche an diesem eingegangen wurden oder an demselben zu erfüllen sind;
2) der Gerichtsstand von Personen, welche sich unter öffentlicher Vormundschaft befinden, wird durch den Wohnort des Vögtlings und nicht durch denjenigen des Vormundes bestimmt;
3) Verhaftete behalten den vor der Verhaftung begründet gewesenen Gerichtsstand;
4) Korporationen, öffentliche Anstalten und Stiftungen (§§ 19 u. ff. des privatrechtlichen Gesetzbuches), sowie Handelsgesellschaften sind an ihrem Sitze, und sofern kein solcher besteht, da zu belangen, wo die Verwaltung geführt wird;
5) wird eine Handlung, eine Fabrik oder ein anderes Gewerbe an einem Orte geführt oder betrieben, der nicht zugleich der Wohnsitz des Inhabers ist, so können hierauf bezügliche Klagen auch beim Gerichte des Geschäftsortes anhängig gemacht werden;
6) hat der Beklagte mehrere Wohnsitze, so hat der Kläger unter diesen Gerichtsständen die Wahl.

Ad 2. Diese Vorschrift findet nur da Anwendung, wo Vormund und Vögtling im Kanton Zürich wohnen. Jedenfalls kann der im Kanton wohnende Vormund Namens seines Vögtlings dann belangt werden, wenn die Gesetzgebung des Staates, in welchem der Letztere wohnt, persönliche Klagen gegen ihn vor das Forum des Vogts verweist (Z. XXII. p. 219). Cf. ferner Ullmer's Supplement Nr. 2841.

Cf. für Betreibungen § 28 des Rechtstriebgesetzes.

Ad 3. Es ist irrelevant, ob der Verhaft kurz oder lang andaure.

Wenn Jemand in der Irrenanstalt untergebracht wird, so behält er in der Regel den frühern Wohnort (R.-B. 1875, p. 95/6).

Ad 5. Diese Vorschrift bezieht sich nur auf Geschäfte, welche zum Betrieb der Handlung gehören, nicht dagegen auf Anschaffungen zur Einrichtung des Gewerbes oder auf Verkäufe von Sachen, welche einmal zur Betreibung desselben verwendet worden sind (Appellationskammer Raimann 22. März 1877).

Wenn der Beklagte in einer Gemeinde seinen festen Wohnsitz hat und in einer andern ein bloßes Arbeitslokal, das nicht Geschäftslokal ist, so ist er in ersterer Gemeinde zu belangen (Ob. G. Beschl. Schultheß 2. November 1875).

Eine nicht am Wohnsitze des Inhabers befindliche Handelsniederlassung kann nur aus denjenigen Geschäften direkt belangt werden, welche von ihr selbst geschlossen worden sind (cf. A. E. II. p. 61 Erwägung 2) und es wird dies auch nicht durch den Satz ausgeschlossen, daß die Fonds der einen Handlungsniederlassung auch für die Verbindlichkeiten der andern haftbar sind (Entscheid des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. III. S. 411 Bd. XV. S. 176. Seuffert's Archiv Bd. XXXI. Nr. 255). Dies ist auch der Sinn des § 210 Ziff. 5 der zürcherischen Zivilprozeßordnung, wo von hierauf bezüglichen Klagen die Rede ist (R. B. 1877 Nr. 43).

Ein Elsässer Kaufmann, welcher in Zürich eine Filiale errichtet und hiervon dem Publikum durch Zirkulare, sowie durch Eintragung in das Ragionenbuch Kenntniß gegeben hatte, wurde aus einem mit dieser Filiale abgeschlossenen Kaufsgeschäft hier belangt, bestritt aber die Kompetenz der hiesigen Gerichte, weil er schon einige Wochen vor Anstellung der Klage mit seinem hiesigen Vertreter sich über Aufhebung der Filiale geeinigt habe. Das Handelsgericht erklärte diese Einrede für unstichhaltig, weil erst einige Tage nach Einleitung der Streitsache beim Friedensrichteramte durch Zirkular die Aufhebung der Filiale bekannt gemacht und erst am Tage der ersten Sühnverhandlung eine Anzeige davon behufs Vormerkung im Ragionenbuch gemacht worden war. Das Gericht führte ferner aus: Für die Frage des Domizils und der damit zusammenhängenden Gerichtszuständigkeit sei allerdings nicht die bloße Angabe bei den Behörden, Deposition von Schriften u. dgl. maßgebend, falls sie in offenbarem Widerspruche mit den faktischen Verhältnissen stehe, wo dagegen diese Verhältnisse, soweit sie äußerlich erkennbar seien, mit jenen Angaben vollkommen im Einklang stehen, sei Jeder, welcher mit dem Betreffenden in Geschäftsverbindung trete, berechtigt anzunehmen, daß letztere der Wirklichkeit entsprechen, daher auch befugt, ihn vor dem sich darnach ergebenden Forum zu belangen (R.-B. 1878 Nr. 83).

Wie verhält es sich mit Bezug auf auswärtige Assekuranzgesellschaften, die kein Domizil verzeigt haben?

Mit Bezug auf die Eisenbahnen cf. Art. 8 des Bundesgesetzes über Bau und Betrieb der Eisenbahnen von 1872 (Off. eidg. S. XI. p. 1 ff).

Die Rekurskammer des Obergerichts erklärte mit Bezug auf die Frage, ob § 210 sub 5 auch für die rechtlichen Betreibungen anzuwenden sei, Folgendes (R.-B. 1876 p. 86/7):

1. Die gesetzlichen Bestimmungen über den Gerichtsstand sind öffentlichrechtlicher Natur und daher die Frage ihrer Anwendung vom Privatwillen unabhängig.
2. Der allgemeine Gerichtsstand des Wohnortes ist durch § 17 des Gesetzes betreffend die Schuldbetreibung auch für den Exekutionsprozeß anerkannt und da dieser Prozeß ein der Prorogation ähnliches Institut nicht kennt, so ist jede Betreibung gegen einen Kantonseinwohner, die nicht an seinem Wohnorte angehoben und durchgeführt wurde, nichtig und von Amteswegen als nichtig zu erklären.

3. Hiernach erscheint die vorliegende Betreibung als nichtig und es käme hiebei nichts darauf an, wenn auch Handlungen oder Unterlassungen des Betriebenen vorlägen, die darauf schließen lassen würden, daß er beabsichtigt habe, den Stadtammann von Zürich als zuständigen Betreibungsbeamten anzuerkennen.

4. Die Annahme der ersten Instanz, daß Rekurrent neben seinem bürgerlichen Domizil in Hottingen ein zweites geschäftliches Domizil in Zürich habe, entspricht nicht ganz dem wirklichen Sachverhalte; denn das geschäftliche Domizil ist nicht dasjenige des Rekurrenten persönlich, sondern dasjenige des unter der Firma „A. u. Komp." bestehenden Handelsgeschäftes.

§ 211. Wer mehrere nicht dem gleichen Gerichte unterworfene Kantonseinwohner aus dem gleichen thatsächlichen und rechtlichen Klagegrund belangen will, kann beim Obergerichte beantragen, daß es aus den zuständigen Unterbehörden eine bezeichne, vor welcher Alle gemeinschaftlich belangt werden können.

Es ist dies ein außerordentliches Forum, das Vorsorge dafür trifft, ne in plures partes lis scindatur.

Eine Anhörung der Beklagten ist diesfalls nicht nöthig. Das Gesetz sagt davon nichts und es ist dem Obergerichte einfach freie Hand gelassen. Uebrigens würde die Vernehmlassung natürlich auch zu nichts führen (Z. XIX. p. 339/40). — Es ist nicht einmal unbedingt nöthig, daß der obergerichtliche Beschluß den Beklagten mitgetheilt werde. Es genügt die Insinuation an den Petenten und das bestellte Friedensrichteramt.

Ein solches Gesuch ist nicht nöthig bei einer Klage der Armenpflege wegen Armenunterstützung (R.-B. 1878, Nr. 76). Cf. ad § 209 i. f.

§ 212. Streitigkeiten über Erbschaften und Vermächtnisse, sowie alle Klagen der Erbschaftsgläubiger gegen die Verlassenschaft gehören, so lange die Theilung noch nicht beendigt ist, vor den Gerichtsstand des Wohnortes des Erblassers.

In dieser Hinsicht ist auf das Konkordat vom 15. Juli 1822 zu verweisen (Snell Handbuch I. p. 231 und 232), ferner auf das Konkordat über Testirungsfähigkeit (Snell I. p. 233 und 234). Cf. auch König's Z. XVI. p. 120 und Schauberg's Z. XIX. p. 340.

Die Erben setzen die Person des Defunktus fort (cf. indessen Zeitschr. für schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege III. p. 339 Anm.). Deswegen wird auch das Domizil desselben als kontinuirt fingirt. Es kommt also nicht an auf die örtliche Lage der einzelnen Vermögensobjekte. Bundesrechtlich ist diese Interpretation nicht anerkannt worden (Ullmer's staatsrechtliche Praxis II. p. 186).

Der Gerichtsstand des § 212 ist auch für denjenigen begründet, qui pro herede besitzt.

Daß durch Uebertragung der Erbschaftsaktiven an einen andern Ort der Gerichtsstand für Erbtheilungsklagen habe verlegt werden wollen, ist nicht ohne Weiteres anzunehmen (R.-B. 1877, Nr. 53).

Cf. ad § 224.

§ 213. Für Streitigkeiten über Grundeigenthum oder Rechte an Liegenschaften, über Entschädigung für Zwangsabtretung derselben, sowie über Vergütung des Brandschadens für abgebrannte Gebäude, sind ausschließlich die Gerichte des Ortes

zuständig, wo die betreffende Sache oder der größere Theil derselben liegt.

Es ist dies das forum rei sitae. Der § 213 schafft ein exklusives Forum der gelegenen Sache. Jede konventionelle Aenderung desselben ist ausgeschlossen.

Die Streitigkeiten über die Expropriationsentschädigungen sind indessen rein persönliche Klagen.

Cf. § 53 des Gesetzes über eine allgemeine Brandversicherungsanstalt (Off. S. XIII. p. 106) und § 48 des neuen Expropriationsgesetzes.

Mit Bezug auf die Servitutenklagen ist die Lage des dienenden Grundstückes maßgebend und nicht diejenige des herrschenden. Dies bezieht sich auch auf die Gewässer (Beschluß der Appellationskammer vom 31. Dez. 1880 Tobler).

Cf. § 601 des Prozeßgesetzes und § 66 des Rechtstriebgesetzes.

Klagen, welche nach Auflösung einer Sozietät unter den Socii wegen Liquidation der Liegenschaften erhoben werden, sind persönliche (R.-B. 1877, Nr. 34). Der Entscheid lautet dahin:

Wenn auch durch die Anordnung der Liquidation einer Handlungsgesellschaft der Zweck, welchen sich bei Gründung derselben die Kontrahenten vorgesetzt hatten, dahin gefallen ist, die bisherige Thätigkeit der Gesellschafter aufgehört hat und somit in jener eine Auflösung der Gesellschaft liegt, so folgt hieraus doch nicht ohne weiteres, daß mit dem Augenblick des Eintrittes der Liquidation alle Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvertrag erloschen seien, die bisherigen Gesellschafter von da an nur als eine Mehrheit von Schuldnern bezüglich der noch bestehenden gemeinsamen Verbindlichkeiten und als Miteigenthümer bezüglich der noch vorhandenen Aktiven angesehen werden können und daß sich das Eine dieser Verhältnisse unabhängig von dem Andern und ohne Rücksicht auf den Gesellschaftsvertrag fortsetzen oder aufheben lasse, beide Verhältnisse stehen vielmehr in engem Zusammenhange mit einander; jeder Gesellschafter kann verlangen, daß zur Tilgung der Schulden zunächst der Werth der noch vorhandenen Aktiven verwendet werde und der Vertrag ist auch nach Eintritt der Liquidation für die Antheilhaber der Gesellschaft, neben den Gesetzesvorschriften, nach welchen sich vorher das Verhältniß der Gesellschafter untereinander und gegenüber dritten Personen beurtheilte, maßgebend, so weit sich nicht aus dem Wesen der Liquidation und den für diese aufgestellten Gesetzesbestimmungen etwas anderes ergibt (vergl. Art. 144 des deutschen Handelsgesetzbuches). Es kann somit auch nach Einleitung des Liquidationsverfahrens nicht als in den Befugnissen eines Gesellschafters liegend angesehen werden, gegen den Willen der Mitgesellschafter, gestützt auf die Bestimmungen des pr. Gb. über die Aufhebung von Miteigenthum an Liegenschaften (§ 563 ff.) mittelst der dinglich wirkenden Theilungs- und Ausscheidungsklage eine Theilung der Gesellschaftsaktiven unter die Antheilhaber oder Ausscheidung der Antheile unabhängig vom Gang der Liquidation herbeizuführen, selbst wenn derselbe mit der Durchführung der Liquidation beauftragt ist, sondern es erscheint die Geltendmachung eines solchen Begehrens, sofern sich nicht alle Gesellschafter mit demselben einverstanden erklären, nur auf Grund des Gesellschaftsvertrages in Verbindung mit der Abwickelung der Rechtsverhältnisse, in welchen die Gesellschaft stand und mit der Auseinandersetzung der Ansprüche, welche die Gesellschafter aneinander zu stellen haben, mittelst der Gesellschaftsklage als statthaft.

Im Fernern ist hier zu berücksichtigen, daß die Beklagten sich der vom Kläger verlangten Versteigerung der Gesellschaftsaktiven nicht etwa wegen der Art und Weise, wie solche nach dem Klagebegehren abgehalten werden

soll, widersetzen, sondern weil nach ihrem Dafürhalten deren Vornahme im jetzigen Moment die Interessen der Gesellschafter gefährde und daß sie ihrerseits gleichzeitig mit der Hauptklage in Form von Widerklagen eine Anzahl aus dem Gesellschaftsverhältniß hergeleitete Ansprüche dem gerichtlichen Entscheid unterbreiten wollen.

Nach dem Gesagten ist mit dem Bezirksgerichte anzunehmen, daß wenn der Kläger auf gerichtlichem Weg gegen den Willen der Beklagten eine Versteigerung der Aktiven der Gesellschaft (Sch. und B.) erwirken will, er diesen Zweck nur durch Anstellung der Gesellschaftsklage bei demjenigen Gerichte, welchem es zukommt, über persönliche Ansprüche an die Beklagten zu entscheiden, erreichen kann.

In einem Spezialfalle bestand Streit über die Verpflichtung der Tößthalbahngesellschaft, beim Hause eines Expropriirten eine Brücke mit eisernem Geländer zu erstellen und es erklärte nun die Rekurskammer, daß nicht das Gericht der gelegenen Sache, sondern dasjenige des Domizils des Beklagten zur Entscheidung kompetent sei, weil eine Forderung dadurch nicht zu einer dinglichen werde, daß die Leistung an einem Grundstücke geschehen soll und es sich somit nicht um eine Streitigkeit über das Eigenthum an Liegenschaften oder über Rechte an solchen, sondern um Erfüllung einer Verbindlichkeit handle, welche als eine persönliche angesehen werden müsse (R.-B. 1880, Nr. 5).

Die Ausnahmsbestimmung des § 213 trifft bei Sachen, welche nicht vermöge ihrer physischen Beschaffenheit unbeweglich sind, sondern nur vermöge positiver Rechtsregel insofern wie wirkliche Liegenschaften behandelt werden, als gemäß dieser Rechtsregel die Privatrechte, welche an einer gewissen Liegenschaft erworben sind, sich auf jene Sachen erstrecken sollen, wenigstens dann nicht zu, wenn die Frage, ob gewisse Sachen nicht Theil oder Pertinenz einer Liegenschaft seien, streitig ist und gerade die Behauptung zum Klagegrunde gehört, daß gewisse Sachen nicht Theil oder Pertinenz einer Liegenschaft seien, d. h. die vom Beklagten an einer wirklichen Liegenschaft erworbenen Rechte sich auf diese Sachen nicht erstrecken (Z. XXIII. p. 408).

§ 214. Für Rechtsgeschäfte, welche nach ihrer Natur oder nach dem Willen beider Parteien am Orte ihres Abschlusses sofort beidseitig zu erfüllen sind, ist der Gerichtsstand des Vertrages in dem Sinne begründet, daß die Klage so lange an dem betreffenden Orte angebracht werden kann, als der Beklagte an demselben anwesend ist oder Vermögensstücke daselbst besitzt.

Die Aufstellung dieses forum contractus und der folgenden besondern Gerichtsstände ist nur für die Einwohner des Kantons maßgebend. Nach eidgenössischem Rechte muß der aufrechtstehende Beklagte für persönliche Ansprachen an seinem Wohnorte belangt werden (A. E. III. p. 40 und 41 = Z. für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege III. p. 334).

Eine Provokation zur Klage kann, soweit sie überhaupt zuläßig ist bundesrechtlich am Wohnorte des Provokanten erfolgen; es ist dies keine selbständige persönliche Klage, sondern nur eine Fristansetzung dazu (Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege III. p. 333).

§ 215. Gegen Personen, welche in der Schweiz keinen festen Wohnsitz haben, kann überhaupt an dem Orte, wo der

Vertrag nach der Meinung der Kontrahenten erfüllt werden soll, auf Erfüllung, Aufhebung oder Entschädigung geklagt werden, wenn der Beklagte daselbst sich aufhält oder sich Vermögensstücke für Vollstreckung daselbst befinden.

Speziell ist hier hinzuweisen auf § 994 des Zivilgesetzes und Schauberg's Z. N. F. II. p. 230.

§ 216. Klagen aus Vergehen und unerlaubten Handlungen können auch selbstständig da, wo diese begangen worden sind, angebracht werden.

Darnach ist eine Klage ex delicto (Tödtung, Körperverletzung ꝛc.) oder eine Klage aus einem Quasidelikt (z. B. die actio de pauperie) nach der Wahl der Geschädigten am Domizil der Schädigenden oder am Orte des Vergehens ꝛc. anzubringen.

Das Gleiche gilt mit Bezug auf Injurien.

Wenn die Injurienklagen wie bei uns wesentlich die Bestrafung der Injurirenden tendiren, so kann das forum delicti commissi angerufen werden und es steht dann mit Art. 59 der Bundesverfassung nicht in Widerspruch. Anders da, wo die Injurienklage in erster Linie auf Genugthuung geht (Schauberg's Z. N. F. I. p. 183/4).

§ 217. Die Zuständigkeit für die Hauptklage bei Beschlagnahmen richtet sich nach §§ 209 u. ff.; ist jedoch der Arrest gegen eine Person bewilligt worden, die keinen andern Gerichtsstand in der Schweiz hat, so kann die Hauptklage auch bei demjenigen Gerichte angebracht werden, in dessen Kreis das Arrestobjekt ganz oder zum größten Theile liegt.

Das Forum des Arrestes kommt selten zur Anwendung.

§ 218. Wenn beide Parteien klagend auftreten konnten und es vor verschiedenen zuständigen Gerichten gethan haben, so hat dasjenige den Vorzug, das zuerst eine Ladung erließ.

§ 219. Wer eine Klage bei dem Gerichte anhängig gemacht hat, kann von dem Beklagten vor dem gleichen Gerichte mit einer Widerklage belangt werden, sofern die letztere nicht an einen ausschließlichen, nicht beim Gerichte der Hauptklage begründeten Gerichtsstand gebunden ist.

Das Recht, eine Widerklage (reconventio) zu stellen, ist ein selbständiges Recht des Beklagten. Es tritt ein mit der Litispendenz (§§ 223 und 318.2, 319 und 471.2). Eine sogenannte Connexität ist nicht nöthig. Auf eine persönliche Klage kann der Beklagte eine Vindikation erheben, auf eine Pfandklage eine Widerklage auf Ungültigerklärung einer Pfandverschreibung ꝛc. — Cf. Art. 102 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes.

§ 220. Die Parteien sind, die in § 213 vorgesehenen Fälle ausgenommen, berechtigt, durch Vertrag einen Rechtsstreit vor ein an sich nicht zuständiges Gericht zu bringen, sofern dasselbe die zum Entscheid der Sache erforderliche Gerichtsbarkeit besitzt und sich zur Annahme bereit erklärt.

Es ist dies das forum prorogatum. Abgesehen von dem forum rei sitæ können die gesetzlichen Regeln durch Vertrag abgeändert werden. Ein solches vertragliches Forum heißt forum voluntarium oder prorogatum.

Es gibt zwei Fälle des prorogirten Gerichtsstandes:

a) wenn die Parteien durch Vertrag ein an sich nicht zuständiges Gericht anrufen (§ 220). Cf. § 102;
b) wenn der Beklagte sich auf die vor unzuständigem Gerichte erhobene Klage ohne Widerrede einläßt (§ 221). Cf. § 101.

Die schweizerischen Baumwollspinner haben mit den auswärtigen Baumwollhäusern eine Vereinbarung getroffen, wornach die Letztern für allfällige Reklamationen die Kompetenz des zürcherischen Handelsgerichtes anerkennen.

Die Voraussetzungen der Prorogation sind folgende:

1. daß der delegirte Richter die betreffende Jurisdiktion wirklich besitze und die Prozeßart die richtige sei;
2. daß der Richter zur Annahme der Sache bereit sei. Früher war die Zustimmung der Gerichte beider Instanzen nöthig (R.-B. 1863, p. 15);
3. daß nicht absolute Vorschriften für gewisse Rechtsfragen bestehen.

Der gegen einen Schweizer gerichteten Exekution des Urtheils eines auswärtigen Gerichtes, welches als forum contractus zwischen anwesenden Parteien über ein am Gerichtsorte geschlossenes und sofort zu erfüllendes Rechtsgeschäft entschieden hat, steht die schweizerische Bundesverfassung nicht entgegen (R.-B. 1877. Nr. 89). Ueber die diesfällige Praxis bezüglich Prorogationen cf. A. E. V. p. 18 und 21 und VII. p. 10.

§ 221. Als stillschweigende Vereinbarung wird es angesehen, wenn der Beklagte sich auf die vor unzuständigem Gerichte erhobene Klage ohne Widerrede einläßt. Dagegen schließt das Eintreten auf die Klage vor dem Friedensrichteramt die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes nicht aus.

Ueberall, wo das jus publicum dominirt, wie z. B. in Ehescheidungsklagen, ist eine Prorogation des Gerichtsstandes nicht zulässig (Appellationskammer 6. Mai 1876, Würgler und 10. März 1881, Wolfensberger, beide betreffend Ehescheidung). In Sachen Würgler betonte das Obergericht, es sei von jeher daran festgehalten worden, daß bei derartigen Prozessen, in denen Fragen des Familienstandes zu entscheiden seien und an deren richtigen Erledigung auch Staat und Gemeinde ein Interesse haben, den Parteien nicht freistehe, ein ihnen beliebiges Gericht auszuwählen.

Ist eine der Parteien bevormundet, so bedarf es zu einem Vertrage betreffend Prorogation des Gerichtsstandes der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde.

Die Prorogation ist ferner unzulässig in Konkursprozessen (Beschluß der Appellationskammer 11. September 1880 Bodmer, 11. Januar 1881 Ernst und R.-B. 1880, Nr. 59).

§ 222. Das Gericht der Hauptsache ist auch für alle Nebensachen zuständig, welche im Laufe des Streites über die Hauptsache zwischen den gleichen Parteien vorkommen.

§ 223. Der einmal begründete Gerichtsstand dauert ohne Rücksicht darauf, ob der Beklagte nach Anrufung des Sühnbeamten seinen Wohnort ändere, bis zur Beendigung

des Rechtsstreites und zwar für eine Widerklage auch dann fort, wenn die Hauptklage zurückgezogen oder sonst erledigt wird.

Cf. § 219 und Z. XVII. p. 338/9, XX. p. 168 und XXII. p. 220.

§ 224. Die Bestimmungen dieses Titels kommen nicht zur Anwendung, soweit besondere Gesetze, Staatsverträge oder die über Exterritorialität geltenden Grundsätze etwas Abweichendes festsetzen.

Es kommen hier wesentlich (cf. ad § 124 und § 752) zwei Staatsverträge in Betracht:

1. Der Vertrag zwischen Frankreich und der Schweiz Off. eidgen. S. IX. p. 1001. (Cf. Curti: Der Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich Zch. 1879).
2. Der Vertrag mit Baden (Off. eidgen. S. V. p. 661). Cf. darüber einen Rechtsfall in der Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege IV. p. 329. In Kraft sind blos noch Art. 5 und 6. Das Obergericht sagt diesfalls:

In diesem Vertrag sind in Art. 6 zwei Fälle vorgesehen, in denen der Gerichtsstand der Erbschaft in Frage kommen kann, derjenige nämlich, wo das „Eigenthum" bezüglich dessen die als Kläger auftretenden Personen eine „Erbsberechtigung" geltend machen, im Einen der beiden kontrahirenden Staaten sich befindet und derjenige, wo der Nachlaß in beiden Staaten liegt. Im erstern Fall soll der Streit nach den Gesetzen und durch die Gerichte des Landes, in welchem das Eigenthum sich befindet, entschieden werden, im letztern durch die Behörden des Staates, dem der Erblasser bürgerrechtlich angehört oder in welchem er, wenn er nicht Bürger Eines der kontrahirenden Staaten war, zur Zeit des Todes wohnte.

Welchen Zeitpunkt diese Vertragsbestimmung als maßgebend im Auge habe, ob den Zeitpunkt des Todes des Erblassers oder denjenigen der Anhebung der Klage oder endlich da, wo wie im hiesigen Kanton, die Streithängigkeit erst durch die Einreichung der von der Sühnbehörde ausgestellten Weisung beim urtheilenden Gericht, bewirkt wird: Dieser Moment ist im Vertrage nicht ausdrücklich bemerkt. Wie aber schon in einem frühern Entscheid des zürcherischen Kassationsgerichtes in Sachen Waldner gegen Attenhofer vom 6. Mai 1873 angenommen worden ist und wie der rekurrirte Beschluß wieder mit Recht annimmt, ist davon auszugehen: entscheidend ist der Zeitpunkt des Todes des Erblassers und es kommt also darauf an, wo zu jener Zeit die Nachlaßgegenstände sich befunden haben. In diesem Sinn bestimmt auch im Einklang mit der oben erwähnten Vorschrift des hiesigen Prozeßrechtes, § 28 der deutschen Zivilprozeßordnung, daß Erbschaftsklagen vor dem Gericht erhoben werden können, bei welchem der Erblasser zur Zeit des Todes seinen allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

Speziell für das Konkursrecht und den Konkursprozeß kommen eine Reihe von Staatsverträgen in Betracht (cf. meine Abhandlung in Z. für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege V. p. 136/7).

Es ist sodann noch hinzuweisen auf das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874 (Off. eidgen. S. N. F. I. p. 157 und zweite Abtheilung dieses Bandes). Daraus ist kurz hervorzuheben:

I. Das Bundesgericht beurtheilt in erster und letzter Instanz:

1. Alle zivilrechtlichen Streitigkeiten:

a) zwischen dem Bunde und einem oder mehreren Kantonen ohne Rücksicht auf den Betrag;
b) zwischen Korporationen oder Privaten als Klägern und dem Bunde als Beklagten, sofern der Streitgegenstand einen Hauptwerth von wenigstens 3000 Fr. hat. (Cf. A. E. III. p. 758);
c) zwischen Kantonen unter sich (cf. A. E. II. p. 275);
d) zwischen Kantonen einerseits und Korporationen oder Privaten anderseits, wenn der Streitwerth über 3000 Fr. beträgt und die eine oder andere Partei es verlangt;
e) über Expropriationsstreitigkeiten bei Eisenbahnen und andern öffentlichen Werken (Bundesgesetz vom 1. Mai 1850 Off. eidgen. S. I. p. 319);
f) über alle privatrechtlichen Streitigkeiten zwischen dem Bund und den Eisenbahngesellschaften gemäß Art. 39 des Bundesgesetzes über Eisenbahnen von 1872 (Off. eidgen. S. XI. p. 1);
g) über Entschädigungsforderungen einer Eisenbahnverwaltung an Private in den in Art. 15.2 desselben Gesetzes vorgesehenen Fällen;
h) über Entschädigungsforderungen einer Eisenbahnverwaltung an die andere in den Fällen des Art. 30.3 desselben Gesetzes;
i) über alle bei der Zwangsliquidation von Eisenbahnen entstehenden Fragen nach Maßgabe des Bundesgesetzes vom 24. Juni 1874 (Off. eidgen. S. N. F. I. p. 121). Das Detail vide in meiner Schrift: Das Pfand- und Konkursrecht der Eisenbahnen (Leipzig 1879);

2. Einzelne Streitigkeiten des öffentlichen Rechts:
a) die Anstände betreffend Heimatlosigkeit nach dem Bundesgesetz vom 3. Dezember 1850 (Off. eidgen. S. II. p. 138);
b) die Bürgerrechtsstreitigkeiten zwischen Gemeinden verschiedener Kantone (Art. 110 der Bundesverfassung);

II. Das Bundesgericht urtheilt als forum prorogatum, wenn der Streitwerth wenigstens 3000 Fr. beträgt (Art. 31.2 des Gesetzes betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege).

Was die Prozeßführung vor Bundesgericht in den Fällen sub I und II anbetrifft, so fällt in Betracht:
a) das eben zitirte Gesetz speziell Art. 29 (cf. zweite Abtheilung);
b) das Gesetz über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. November 1850 (Off. eidgen. S. II. p. 77 und zweite Abtheilung).

B. Ermittlung des Streitwerthes.

§ 225. Der Streitwerth wird durch das klägerische Rechtsbegehren bestimmt. Als streitiger Betrag ist demnach der Werth derjenigen Leistung zu betrachten, welche der Kläger von dem Beklagten fordert und dieser vor Friedensrichteramt zuzugestehen sich weigert.

Laut dem neuen Expropriationsgesetz hat der Expropriant als Kläger aufzutreten (§ 49), indessen ist in derartigen Prozessen derjenige Betrag für die Kompetenz maßgebend, welchen der Abtretungspflichtige fordert (Beschluß der Appellationskammer Boßhardt 6. November 1877).

§ 226. Bei einer Streitgenossenschaft und ebenso in den Fällen der Klagenhäufung (§§ 240, 243 u. 319) wird die Kompetenz durch den Gesammtbetrag der streitigen Ansprüche bestimmt.

§ 227. Der Betrag der Widerklage darf nicht mit demjenigen der Hauptklage zusammengerechnet werden; übersteigt jedoch der Betrag der Widerklage den Betrag der Hauptklage, so ist jener für die Kompetenz maßgebend.

§ 228. Bei Ausmittlung des streitigen Betrages dürfen auch eingeklagte Nebenforderungen, wie verfallene Zinse u. dgl., zur Hauptforderung hinzugerechnet werden; dagegen fallen laufende Zinse, allfällige Prozeßkosten und Prozeßentschädigungen, welche aus dem angehobenen Prozesse gefordert werden, nicht in Betracht.

Als verfallene Zinse fallen Verzugszinse nicht in Betracht (Beschluß der Appellationskammer Ritzmann 12. Februar 1878).

Zu den Nebenforderungen gehören z. B. bei einer Klage gegen den Bürgen Kosten des Rechtstriebs gegen den Hauptschuldner (Beschluß der Appellationskammer Kägi 18. November 1879).

§ 229. Bei jährlichen oder wenigstens von Zeit zu Zeit wiederkehrenden Leistungen ist, wenn der Streit sich auf die Leistungspflicht überhaupt und nicht bloß auf einzelne Leistungen bezieht, der muthmaßliche Kapitalwerth derselben als Streitwerth anzunehmen.

§ 230. Geht eine Klage nicht unmittelbar auf einen Geldwerth, so entscheidet der Werth, welchen die Parteien übereinstimmend dem Streitobjekte beilegen.

Haben indessen die Parteien, zum Zwecke der Umgehung der Kompetenzbestimmungen, dem Streitgegenstand einen zu hohen Werth beigelegt und ergibt sich das schon bei der Anhandnahme oder bei der ersten gerichtlichen Verhandlung, so ist die Sache von Amteswegen von der Hand zu weisen; stellt sich das erst im Verlaufe des Prozesses heraus, so ist dieselbe zwar an Hand zu behalten, die Parteien sind jedoch mit Ordnungsbuße zu belegen.

Wenn auch der § 230 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege nur von solchen Klagen handelt, welche nicht unmittelbar auf einen Geldwerth gehen und mit Bezug auf derartige Prozesse die Gerichte anweist, falls es sich ergibt, daß die Parteien zum Zwecke der Umgehung der Kompetenzbestimmungen dem Streitgegenstand einen zu hohen Werth beigelegt haben, die Sache von Amtswegen von der Hand zu weisen, so liegt doch kein Grund vor, ein ähnliches Verfahren da nicht zuzulassen, wo zwar auf Bezahlung einer bestimmten Geldsumme geklagt wird, sich aber mit Sicherheit ergibt, daß der Kläger lediglich zur Umgehung der Kompetenzbestimmungen einen höhern Betrag eingeklagt hat, als er selbst fordern zu können glaubte (R.-B. 1879, Nr. 48).

§ 231. Sind die Parteien in dem in § 230 bezeichneten Falle über den Werth des Streitgegenstandes uneinig, so wird derselbe nach freiem richterlichem Ermessen auf möglichst summarischem Wege festgestellt. Besichtigungen des Streit-

objektes oder Expertisen können zwar zu diesem Zwecke von Amteswegen angeordnet werden, sind jedoch thunlichst zu vermeiden.

Im Zweifel ist immer für die Kompetenz des höhern Gerichtes zu entscheiden.

§ 232. Ist Gegenstand des Streites die Sicherstellung einer Forderung oder ein Pfandrecht, so ist als Streitwerth der Betrag der Forderung, und wenn das Pfand einen geringern Werth hat, dieser letztere anzunehmen.

Früher bestand die Praxis, daß bei Eigenthumsklagen in Folge von Pfändungen nicht der Betrag der Forderung, für welche gepfändet war, als maßgebend angesehen wurde (Z. IX. p. 435/6 und XVIII. p. 242/3). Diese Praxis ist jetzt durch § 232 aufgehoben.

§ 233. Die Werthung einer Grunddienstbarkeit richtet sich nach dem Werthe, welchen dieselbe für das herrschende Grundstück hat; der Betrag, um welchen das dienende Grundstück am Werthe verliert, ist nur dann maßgebend, wenn er jenen Werth übersteigt.

§ 234. Ist die Kompetenz eines Gerichtes einmal begründet, so dauert dieselbe auch dann fort, wenn der Kläger im Laufe des Prozesses von der Klage theilweise absteht, oder der Beklagte dieselbe theilweise anerkennt.

Die einmalige Zulassung einer Sache vor ein Gericht begründet dessen Kompetenz auch dann, wenn sich im Verlaufe des Prozesses zeigt, daß sie eigentlich nicht begründet gewesen wäre (Obergerichtliches Urtheil Vollenweider 25. August 1874).

§ 235. Ebenso ist die Frage, ob ein Erkenntniß dem Weiterzuge an eine zweite Instanz unterliege, nach dem Werthe zu entscheiden, welcher bei Anhängigmachung des Prozesses streitig war, und nicht nach demjenigen, welcher bei Ausfällung des Urtheiles zwischen den Parteien noch im Streite lag.

C. Parteien.

1. Prozeßfähigkeit.

§ 236. Das Recht, selbst vor Gericht aufzutreten, oder sich vor demselben durch einen Bevollmächtigten vertreten zu lassen, richtet sich im Allgemeinen nach den Vorschriften der §§ 172 u. ff.

Es ist zu unterscheiden:

a) die Prozeßfähigkeit. Darunter versteht man die Fähigkeit, prozeßrechtliche Handlungen vorzunehmen oder wenn man lieber sagen will, Willensakte im Prozesse mit rechtlicher Wirkung vorzunehmen (cf. § 172);

b) Die Parteifähigkeit. Dies ist die Fähigkeit actor oder reus zu sein. Auch handlungsunfähige Personen sind parteifähig.

§ 237. Wo Gefahr im Verzuge ist, sind auch Handlungsunfähige berechtigt, vorläufig selbst das Nöthige vorzukehren.

Sonst ist festzuhalten, daß der Vormund allein zu handeln berechtigt ist. Nicht einmal die Vormundschaftsbehörden können direkte für den Bevogteten auftreten (Ullmer's Kommentar, Nr. 525—527 und Supplement Nr. 2839). Indessen hat das Obergericht (Würgler 6. Mai 1876) Folgendes erklärt:

Es steht nichts entgegen, eine von der Vormundschaftsbehörde behufs Innehaltung einer Frist direkt abgegebene Erklärung zu berücksichtigen, wenn der Vormund nachher diese Erklärung genehmigt und zu der seinigen macht, namentlich in Fällen, wo der Vormund zur Abgabe einer Erklärung ohnehin der Zustimmung der Vormundschaftsbehörden bedarf.

§ 238. Zur Prozeßführung ohne Verbeiständung durch den gesetzlichen oder obrigkeitlichen Vormund sind ferner berechtigt:

1) Minderjährige oder bevogtete Verlobte mit Bezug auf den Prozeß betreffend Einsprache gegen ihre Verehelichung und bevogtete Ehemänner mit Bezug auf den Scheidungsprozeß;
2) Ehefrauen, wenn ihr Interesse demjenigen ihres Ehemannes widerstreitet;
3) vorläufig Bevogtete mit Bezug auf den Bevogtigungsprozeß;
4) Bevogtete rücksichtlich derjenigen Geschäfte, deren Betreibung ihnen auf Zusehen hin überlassen worden;
5) handlungsunfähige Fremde, deren Vormund außer dem Kanton wohnt, mit Bezug auf ihr Fortkommen und ihre täglichen Bedürfnisse.

Ad 2. Damit ist die Vorschrift des § 147 des Zivilgesetzes erheblich modifizirt.

Das Recht des Mannes, seine Ehefrau in privatrechtlichen Verhältnissen zu vertreten, hört da auf, wo die beidseitigen Interessen einander gegenüber stehen.

Eine Collision der Interessen zwischen dem Ehemann und der Ehefrau liegt z. B. vor:

a) Bei Eigenthumsansprachen der Ehefrau an Objekten, die für Schulden des Ehemannes gepfändet wurden. In diesen Fällen ist immer angenommen worden, daß die Ehefrau selber zu handeln beziehungsweise auch die Folgen einer Unterlassung zu tragen habe (Z. XVI. p. 417 und XXIII. p. 432);
b) Ein Ehemann kann nicht als Vertreter der Ehefrau handeln, wenn das Waisenamt mit Bezug auf ein einzelnes Geschäft z. B. einer Erbstreitigkeit eine außerordentliche Vertretung angeordnet hat (§ 318 c. des Zivilgesetzes). Die Frage der Berechtigung zu dieser Verfügung ist Administrativsache und berührt die Gerichte nicht. Mit der Bestellung eines außerordentlichen Vormunds wird dem Ehemanne die Verwaltung des Frauenguts mit Bezug auf dieses Geschäft entzogen. Was die Nutznießung des Vermögens der Ehefrau betrifft, so stellt sich dieses Recht als ein bloß accessorisches von dem Eigen-

thum abhängiges Recht dar, so daß wenn die Ehefrau resp. ihr rechtmäßiger Vertreter auf gewisse Eigenthumsansprüche verzichtet, damit der Anspruch des Ehemannes auf Nutznießung an diesen Objekten von selbst dahin fällt (R.-B. 1876, Nr. 17);

c) Ist eine Ehefrau Erbin, so steht selbstverständlich die Berechtigung, gerichtliche Siegelung oder Inventarisirung einer Nachlassenschaft zu verlangen, in der Regel auch dem Ehemann zu (§ 138 des Zivilgesetzes). Wo aber Alles dafür spricht, daß der Ehemann die amtliche Inventarisirung nicht im Interesse seiner Ehefrau, sondern entgegen demselben ohne ihren Willen und lediglich in seinem Interesse verlangt, so ist das Begehren abzuweisen. Die gerichtliche Siegelung 2c. ist nicht dazu da, um die Größe des Vermögens der Frau für den Scheidungsprozeß feststellen zu lassen (Rekurs-Entscheid Eheleute Kienast 10. Dezember 1874);

d) Eine Ehefrau, die vom Manne faktisch getrennt lebt und den Willen, das Eheband zu lösen durch Anhängigmachung der Scheidungsklage zu erkennen gegeben hat, kann nicht durch Vermittlung des Ehemannes mit rechtlichem Erfolge betrieben werden, weil dieser in solchen Fällen nicht als eine Person angesehen werden kann, welche befähigt und gewillt wäre, die Interessen der Frau in guten Treuen zu wahren (B. IX. p. 348 und R.-B. 1880, Nr. 12).

Ad 4. Es liegt kein Grund vor, dieses Recht zu selbständiger Wahrung der Rechte nur für den ordentlichen Zivilprozeß und nicht auch für das Executionsverfahren und den summarischen Prozeß anzuerkennen (Ullmer's Supplement, Nr. 2841).

§ 239. Das Verfahren, bei dem ein Handlungsunfähiger unbefugter Weise mitgewirkt hat, kann von demselben als nichtig angefochten werden, sofern nicht der Vormund, oder der Betreffende selbst nach erlangter Handlungsfähigkeit das Verfahren anerkannt hat.

2. Streitgenossenschaft und Klagenhäufung.

§ 240. Mehrere Personen können gemeinsam als Kläger auftreten oder als Beklagte belangt werden, soweit das streitige Recht oder die streitige Verpflichtung ihnen gemeinsam zukommt oder auf dem gleichen thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruht (Streitgenossenschaft).

Man unterscheidet aktive und passive Streitgenossenschaft (litisconsortium). Jene liegt vor, wenn mehrere Kläger sich dazu verbinden, diese, wenn mehrere Beklagte dies thun.

§ 241. Die Einrede, daß nicht sämmtliche Theilhaber des streitigen Rechtes oder der streitigen Verpflichtung als Kläger auftreten oder als Beklagte belangt werden, hat bei theilbarem Streitobjekte bloß Berücksichtigung im Endentscheide zur Folge, berechtigt dagegen bei untheilbarem Streitgegenstande den Beklagten, die Einlassung zu verweigern, bis der Mangel ergänzt oder ihm von dem Gegner auf den Fall des Unterliegens genügende Sicherheit gegen Ansprüche der Uebrigen geleistet sein wird.

Handelt es sich um ein theilbares Objekt und fordert ein pro rata Berechtigter das Ganze, so wird er im Endurtheil als nur pro rata be-

rechtigt erklärt. Z. B. Einer von mehreren Erben klagt die ganze Forderung des Erblassers ein. Wenn ein pro rata Verpflichteter für das Ganze belangt wird, so wird er nur pro rata kondemnirt.

Es ist entschieden worden, ein untheilbares Streitobjekt liege auch z. B. vor, wenn einer Anzahl von Personen Liegenschaften verkauft worden seien und es sich um die Erfüllung dieses streitigen Kaufes handle. In einem solchen Falle könne man die Beklagten nicht zur Uebernahme von je 1/18 des als Ganzes verkauften Landes und auch nicht zur Zahlung des Kaufpreises in jenem Verhältnisse verpflichten (Appellationskammer 24. Dezember 1878 Egli).

Der Fall einer Sicherheitsbestellung kommt wohl nur da in Frage, wo von mehreren Berechtigten nur einer als Kläger bezüglich eines untheilbaren Streitobjektes auftritt. Nach dem Gesetze hat derselbe Garantie dafür zu leisten, daß nicht die übrigen Berechtigten denselben Gegenstand auch noch fordern.

Ganz anders sind die Fälle des § 241 im eidgen. Zivilprozeßgesetz regulirt (Art. 8 cit).

§ 242. Jeder Streitgenosse kann, soweit er nicht durch besondere Rechtsverhältnisse gebunden ist, den Prozeß unabhängig von den Andern führen. Soweit sie jedoch im Angriff oder in der Vertheidigung einig gehen, sollen sie gemeinsam handeln.

Die Formulirung dieses Artikels ist aus dem eidgen. Zivilprozeßgesetz wörtlich kopirt. — Vermöge der Streitgenossenschaft entsteht in der Beweisinstanz die Eigenthümlichkeit, daß Zeugen, die mit einem der Streitgenossen nahe verwandt sind, gegenüber allen als zeugnißunfähig wegfallen können.

§ 243. Abgesehen von dem Falle einer wirklichen Streitgenossenschaft können nicht mehrere Personen in Einem Verfahren als Kläger auftreten oder als Beklagte belangt werden. Eine Ausnahme ist nur zulässig im Falle der subjektiven Klagenhäufung, d. h. wenn von mehreren Personen gegen denselben Beklagten oder von demselben Kläger gegen mehrere Personen als Beklagte gleichartige Rechtsansprüche eingeklagt werden, die sich im Wesentlichen auf die gleichen Thatsachen und Rechtsgründe stützen.

Der Richter darf jedoch die Vereinigung solcher Klagen nur dann und nur so lange gestatten, als hieraus keinerlei Nachtheil, wohl aber erhebliche Kostenersparniß zu erwarten steht, und ist auch gegen den Willen der Parteien befugt, im Laufe des Verfahrens wieder Trennung der Klagen anzuordnen, sobald sich Nachtheile herausstellen.

Die Streitgenossenschaft, die § 240 definirt, wird von unserm Gesetze ausnahmsweise auch dann erlaubt, wenn weder das Recht oder die Verpflichtung gemeinsam ist, noch dieselben auf gleichen faktischen oder rechtlichen Gründen beruhen, sondern wenn das Recht oder die Verpflichtung nur im Wesentlichen sich auf gleichen faktischen oder rechtlichen Gründen aufbauen. Wird das Vorhandensein dieser Gleichartigkeit des Rechtsanspruches bestritten, so geschieht es mit der Einrede der unzulässigen subjektiven Klagenhäufung.

§ 243 zweiter Satz Alinea 1 kann z. B. dann nicht zur Anwendung kommen, wenn den einzelnen Beklagten in einem Schadenersatzprozesse Culpa oder Dolus verschiedener Art vorgeworfen wird.

Die frühere Gerichtspraxis kannte die durch § 243 zweiten Satz Alinea 1 fixirte Befugniß nicht (Z. XII. p. 237, XIV. p. 455—461 und XVIII. p. 206). Auf diesem Boden steht jetzt noch das eidgen. Zivilprozeßgesetz (Art. 6 und 43 desselben).

Eine spezielle Anwendung dieses neuen Rechtes cf. in § 50 des jetzigen Expropriationsgesetzes.

3. Betheiligung Dritter am Prozesse.

§ 244. Ein Dritter, welcher an dem Streitgegenstand ein besseres, beide Parteien ganz oder theilweise ausschließendes Recht zu haben glaubt, kann dasselbe durch eine gegen beide Parteien gerichtete Klage bei demjenigen Gerichte geltend machen, vor welchem der Prozeß erstinstanzlich anhängig gemacht worden ist.

Das Gericht kann alsdann nach freiem Ermessen den Prozeß bis zur rechtskräftigen Erledigung der Klage des Hauptinterveniententen sistiren oder beide Prozesse vereinigen.

Cf. B. II. p. 60—92 und IV. p. 242—272.

Unter der Intervention versteht man die Einmischung eines Dritten in einen pendenten Rechtsstreit. Man spricht von einer Hauptintervention, wenn dieser Dritte eine neue selbständige Klage erhebt, die mit dem obschwebenden Rechtsstreite in keiner innern Verbindung steht. Dieser Dritte sagt: an dem Streitgegenstande hat weder Kläger noch der Beklagte ein Recht; denn ich besitze ein besseres Recht. Durch die Hauptintervention entsteht also immer eine neue Klage gegen Personen, welche schon in einen Prozeß inter se verwickelt sind.

Z. B. zwei Personen streiten sich über die Art der Vertheilung von Wasser, das aus einer Quelle herkommt. Nun erscheint ein Dritter und erklärt, die Quelle gehöre ihm und er verlange das Wasser für sich. Oder es streiten sich zwei Pfandgläubiger über die Gültigkeit der Pfandrechte an gewissen Objekten. Nun behauptet aber die Ehefrau des Schuldners, daß sie Eigenthümerin derselben sei.

Ein gesetzliches Beispiel der Hauptintervention vide in § 515.

Das Institut der Hauptintervention ist diskutabel. Der eidgenössische Zivilprozeß (Art. 17 und 18) erwähnt derselben auch. In der Regel wird nichts Anderes übrig bleiben, als den ersten pendenten Prozeß zu sistiren, bis die neue Klage der Hauptintervenienten entschieden ist. — Der Name „Intervention" ist hier ganz unrichtig.

§ 245. Wer ein rechtliches Interesse daran zu bescheinigen vermag, daß in einem zwischen andern Personen anhängigen Prozesse die eine Partei obsiege, darf sich derselben als Nebenintervenient zum Zwecke ihrer Unterstützung jederzeit anschließen.

Die Nebenintervention kann in jedem Stadium des Prozesses bis zur rechtskräftigen Erledigung desselben nnd auch dann erfolgen, wenn die Partei selbst den Prozeß nicht fortsetzen oder Rechtsmittel nicht ergreifen will.

Ueber die streitige Zulässigkeit einer Nebenintervention entscheidet der Richter mit Vermeidung jeder Weitläufigkeit. Sofortiger Rekurs ist nur zulässig gegen einen Entscheid, welcher die Intervention nicht gestattet.

Cf. Art. 16 des eidgen. Zivilprozeßgesetzes.

Die accessorische Intervention hat mit der Hauptintervention nichts zu thun. Durch jene wird kein neuer Prozeß geboren und keine neue Prozeßpartei geschaffen. Der Nebenintervenient lehnt sich an eine Partei an und will ihr zum Siege verhelfen. Die Nebenintervention beruht, wie Schulze (die sog. Nebenintervention, Separatabdruck aus der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Berlin 1880, p. 15) sagt, auf dem Gedanken, daß das zwischen den Parteien ergehende Urtheil zwar Rechtskraft nur für diese selbst hat, daß aber dritte Personen am Ausgange des Rechtsstreites ein derartiges Interesse haben können, daß die Gestattung ihrer Mitwirkung bei demselben zu Gunsten der einen Partei zweckmäßig und billig erscheint. Das einfachste Beispiel ist das bekannte, daß Legatare sich der Prozeßpartei anschließen, um der Aufrechthaltung des Testamentes zum Siege zu verhelfen.

Welcher Art soll jenes Interesse sein? Es besteht darin, daß der Dritte vom Ausgange des Prozesses d. h. von dem Urtheil in demselben eine auf seine Rechtsverhältnisse bezügliche Veränderung erwarten kann (Schulze l. c. p. 19).

Ueber die Frage, ob ein accessorischer Intervenient den Prozeß auch dann fortzusetzen befugt sei, wenn die Partei vom Prozesse abgestanden ist oder sich mit dem Gegner verglichen hat, — äußerte sich die Appellationskammer (R.-B. 1877, Nr. 61; cf. auch König's Zeitschrift XIV. p. 530) dahin:

a) Während die l. 4 und 5 D. de appellationibus unter Anderm dem Legatar die ausdrückliche Befugniß einräumt, die von dem Erben in fraudem suam aufgegebene oder verglichene Sache noch in erster Instanz allein fortzusetzen, spricht sich Heffter (Zivilprozeß § 1198) ganz allgemein dahin aus, es dürfe der Nebenintervenient die von der Hauptpartei aufgegebene oder verglichene Sache, wenn hiedurch sein Recht unbedingt gefährdet wird, noch allein fortsetzen, in jedem Falle auch selbständig Rechtsmittel gebrauchen.

b) Der § 64 der Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich gesteht dagegen dem Nebenintervenienten das Recht, Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozeßhandlungen wirksam vorzunehmen nur insoweit zu, als seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei nicht im Widerspruch stehen. (Eine Einschränkung dieses letzten Satzes für besondere Fälle, die hier nicht zutreffen, enthält § 66 des zitirten Gesetzes.)

c) Den gleichen Standpunkt nimmt auch die zürcherische Prozeßordnung ein, indem sie in § 245 die Befugniß des Nebenintervenienten vorerst dahin bestimmt, daß er sich der Partei, an deren Obsiegen er ein rechtliches Interesse habe, zum Zwecke ihrer Unterstützung anschließen dürfe. Nach Alinea 2 dieses Paragraphen kann zwar die Nebenintervention bis zur rechtskräftigen Erledigung des Prozesses auch dann erfolgen, wenn die Partei den Prozeß selbst nicht fortsetzen oder Rechtsmittel nicht ergreifen will. Nach § 246 ibid. gilt aber dasjenige, was der Nebenintervenient zur Unterstützung und Ergänzung der Vorträge und Beweisführung der Hauptpartei vorbringt, nur insoweit als von dieser selbst vorgebracht, als es von den Letztern nicht bestritten ist oder mit deren Erklärungen nicht im Widerspruche steht.

d) Hieraus folgt, daß der Nebenintervenient zwar selbständige Einreden bringen kann, um die Gegenpartei zu widerlegen und seiner Partei zum Siege zu verhelfen, daß ihm aber gegen Zugaben, welche die

letztere macht, das Recht der Protestation nicht zusteht, vielmehr die Zugeständnisse der Hauptpartei sowohl für das Gericht als gegenüber der Gegenpartei verbindlich sind und daher, wenn die Hauptpartei mit der Gegenpartei einen Vergleich eingeht, der Nebenintervenient hingegen aus eigenem Rechte nicht auftreten kann und seine Stellung hinfällig wird.

Cf. diesfalls auch Schulze l. c. p. 74 und 75.

§ 246. Der Nebenintervenient hat den Prozeß in der Lage anzunehmen, in der er ihn findet.

Er ist berechtigt, das, was er zur Unterstützung und Ergänzung der Vorträge und Beweisführungen der Hauptpartei erforderlich hält, vorzubringen, und es gilt dasselbe, soweit es nicht von dieser ausdrücklich bestritten ist oder mit ihren eigenen Erklärungen oder Handlungen im Widerspruche steht, als von ihr selbst vorgebracht.

§ 247. Eine Partei, welche im Falle Unterliegens im ordentlichen Prozesse zum Regreß gegen einen Dritten berechtigt zu sein glaubt, oder den Anspruch eines Dritten besorgt, kann bis zur rechtskräftigen Erledigung des Prozesses diesem Dritten den Streit verkünden.

Der Dritte (Litisdenunziat) ist zu weiterer Streitverkündung berechtigt.

Cf. Art. 9 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes.

Unter der Litisdenunziation versteht man die Aufforderung einer Partei an einen Dritten ihr im Prozesse beizustehen.

Die Bestimmungen über Streitverkündungen beziehen sich, soweit es sich wenigstens um gerichtliche Streitverkündung handelt, nur auf den ordentlichen Prozeß. Die Streitverkündung kann indessen auch privatim geschehen, besonders wo es sich nicht mehr um ein wirkliches Eingreifen in den Prozeß handelt, sondern bloß um Wahrung des Regresses (Ob. G. Beschluß Gemeinde Goßau 18. Mai 1872).

§ 248. Eine Prüfung darüber, ob eine Partei zur Streitverkündung ein Interesse habe, kommt weder der Gegenpartei noch dem Gerichte zu.

Hierin liegt der erhebliche Unterschied von der Intervention. — Nach dem eidgenössischen Prozeßgesetz sind die „Rückgriffsgründe" bei der Denunziation „vorläufig" anzugeben (Art. 9). Der Gegner kann die Berechtigung bestreiten (Art. 15 cit).

§ 249. Die Unterlassung der Streitverkündung schließt die Regreßklage an sich nicht aus, sondern gibt dem Angesprochenen nur das Recht zu beweisen, daß bei umsichtiger Führung des Prozesses und namentlich bei rechtzeitig erfolgter Streitverkündung ein günstiger Ausgang erfolgt wäre.

Ebenso hebt die Streitverkündung die Pflicht der Hauptpartei zur fleißigen und sorgfältigen Prozeßführung nicht auf.

Cf. § 1406 des Zivilgesetzes.

§ 250. Dem Litisdenunziaten ist nicht gestattet, sich der Gegenpartei anzuschließen.

Wem aber von beiden Parteien Streit verkündet wurde, hat unter denselben die Wahl.

§ 251. Die Theilnahme des Litisdenunziaten am Prozesse richtet sich nach den Vorschriften über die Nebenintervention.

Durch den Beitritt desselben darf der Gang des Prozesses in keiner Weise aufgehalten werden. Es ist Sache des Streitverkünders, den Dritten über die Lage des Prozesses zu unterrichten.

Der Litisdenunziat hat den Prozeß in der Lage anzunehmen, in der er ihn findet. Wenn er also von der Hauptverhandlung in Kenntniß gesetzt ist, aber der Vorladung keine Folge leistet, darf das Gericht annehmen, daß er sich beim Prozesse nicht betheiligen wolle. Wenn der Litisdenunziat nichts versäumen will, so hat er alle Veranlassung, sich über das Ergebniß der Verhandlung, zu welcher er geladen war, zu erkundigen. Wenn er dies unterläßt und sich bei den Litisdenunzianten nicht rechtzeitig erkundigt, so hat er sich die Folgen hiervon selbst beizumessen. Insbesondere kann er nachher nicht etwa noch mit Beweismitteln zugelassen werden, die er bei einiger Sorgfalt und Thätigkeit rechtzeitig bei erster Instanz hätte beibringen und anrufen können (R.-B. 1877, Nr. 42).

§ 252. Dem Streitverkünder steht frei, sich der Fortsetzung des Prozesses zu entschlagen und dieselbe dem Litisdenunziaten auf eigene Kosten zu überlassen; es ist jedoch auch in diesem Falle das Urtheil in der Hauptsache auf den Namen des Erstern auszufällen.

Cf. Art. 11 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes.

Wenn der Litisdenunziat an der Stelle der Partei in den Prozeß eintritt, so kann er nicht die Klage neu und anders begründen oder erwidern, als die Partei es gethan hat (Urtheil der Appellationskammer Corti 14. Dez. 1878).

Sowohl nach der Natur der Sache als auch im Hinblick auf den Wortlaut des § 252 kann einer Partei, welche sich der Fortsetzung des Prozesses entschlagen hat, eine Einmischung ex post in den Prozeß nicht mehr gestattet werden (Appellationskammer Maur 7. Mai 1881).

§ 253. Urtheile und Beschlüsse sind dem Litisdenunziaten und Intervenienten bloß auf Verlangen und gegen Bezahlung der Kosten zuzufertigen.

Nach dem eidgenössischen Zivilprozeß (Art. 10) sind dem Litisdenunziaten alle Ladungen und alle gerichtlichen Verfügungen etc. zu insinuiren, es wäre denn, daß er die Theilnahme an dem Verfahren ausdrücklich verweigert hätte.

4. Veränderung der Parteien während des Prozesses.

§ 254. Wird das Streitobjekt während der Streithängigkeit veräußert, so verliert dadurch der Veräußerer nicht das Recht zur Durchführung des anhängigen Rechtsstreites, dagegen kann

der neue Erwerber nur mit Zustimmung der Gegenpartei in den Prozeß eintreten. Immerhin haftet der Veräußerer persönlich für die bisher erlaufenen Kosten.

Die Veränderung der Parteien kann in drei Fällen stattfinden:
1. Bei Veräußerung des Streitobjektes.
2. Wenn der Konkurs ausbricht.
3. Wenn eine Partei stirbt.

§ 255. Geräth eine Partei in Konkurs, so ist mit Bezug auf die Fortsetzung des Prozesses nach den Vorschriften des Konkursgesetzes zu verfahren.

Der Konkurs ist eine sehr eingreifende Rechtsthatsache. In der Theorie ist viel Streit darüber, in welches Rechtsverhältniß die Kreditoren durch den Ausbruch des Konkurses unter sich und zum Kridaren treten. Bezüglich der Folgen der Konkurseröffnung cf. meine Abhandlung in der Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege V. speziell p. 140—143.

Ferner ist hier auf § 38 des Konkursgesetzes zu verweisen.

§ 256. Wird während eines Rechtsstreites Bevormundung gegen eine Partei eingeleitet und ein Schuldenruf angeordnet, oder wird über den Nachlaß einer Partei die Wohlthat des öffentlichen Inventars bewilligt, so kann die Einstellung des Prozesses angeordnet werden, bis über die Bevormundung oder den Antritt der Erbschaft entschieden sein wird.

Wenn eine Partei stirbt, so haben sich die Erben darüber auszusprechen, ob sie den Prozeß reassumiren wollen.

5. Vertreter der Parteien.

§ 257. Mit Ausnahme des Ehemannes, welcher seine Ehefrau, und des Vaters, welcher seine minderjährigen Kinder vertritt, bedarf jede Person, welche für einen Andern ohne dessen Anwesenheit gerichtliche Handlungen vornehmen will, einer schriftlichen und nöthigenfalls beglaubigten Vollmacht. Dieselbe kann auch mündlich zu Protokoll erklärt werden.

Cf. § 1198 lit. l. des Prozeßgesetzes und § 115 des Konkursgesetzes und meine zitirte Abhandlung p. 158.

Für die Praxis ist anzurathen von Anfang an Prozeßvollmachten auszustellen.

§ 258. Eine allgemeine Prozeßvollmacht gibt die Befugniß zu allen den Prozeß betreffenden Handlungen, zur Erwirkung vorsorglicher Maßnahmen und zur Empfangnahme der von der Gegenpartei zu zahlenden Prozeßentschädigung.

Dagegen bedarf es zur Bestellung eines andern Vertreters, zum Abschluß eines Vergleiches, zu einer Abstandserklärung, zur Herausgabe oder zur Empfangnahme des Streitgegenstandes oder einer Zahlung einer ausdrücklichen Ermächtigung.

Cf. Art. 38 des eidgen. Zivilprozeßgesetzes.

In der allgemeinen Vollmacht liegt auch die Befugniß sich mit dem der Partei ungünstigen Expertengutachten zufrieden zu geben und somit in eine

Modifikation des Klagebegehrens einzuwilligen (Beschluß der Appellationskammer 28. Febr. 1878).

Daraus, daß eine Partei ihren Anwalt mündlich beauftragt zu appelliren, folgt nicht, daß derselbe ermächtigt sei, die Appellation zurückzuziehen (Beschluß der Appellationskammer Frei 26. Okt. 1880).

§ 259. Im summarischen Verfahren darf der Vertreter einer Partei nur dann zur Beibringung einer Vollmacht angehalten werden, wenn begründete Zweifel darüber walten können, ob die Partei mit seinem Vorgehen einverstanden sei, oder demselben überhaupt Auftrag ertheilt habe.

Im ordentlichen Prozeßverfahren hat der Richter von Amteswegen den Mangel einer Vollmacht zu berücksichtigen; er kann jederzeit die Beibringung oder Verbesserung einer solchen anordnen.

§ 260. Eine nachgebrachte Vollmacht gilt zugleich als Genehmigung der von dem Vertreter bereits vorgenommenen Prozeßhandlungen, soweit dieselbe nicht ausdrücklich etwas Anderes bestimmt.

Cf. Art. 37 des eidgen. Zivilprozeßgesetzes.

§ 261. Ergibt sich im Verlaufe des Verfahrens, daß ein Vertreter ohne Auftrag gehandelt hat, so ist er von den Schranken zu weisen und nicht nur in sämmtliche Prozeßkosten und angemessene Entschädigung an die Gegenpartei zu verfällen, sondern auch mit Ordnungsbuße zu belegen.

Diese Bestimmung hat nur den Fall im Auge, wo Jemand überall ohne Vollmacht gehandelt, nicht aber den, wo ein mit einer allgemeinen Vollmacht versehener Vertreter etwas gethan hat, wozu er einer Spezialvollmacht beziehungsweise der Ratifikation seines Vollmachtgebers bedurft hätte und nun der Letztere aus irgend einem Grunde die Ratifikation verweigert (R.-B. 1879, Nr. 61).

§ 262. Gegen Beschlüsse über Zulassung oder Wegweisung eines Vertreters oder Rechtsbeistandes ist zwar sofortige Beschwerde zulässig, das Verfahren darf aber dadurch in der Regel nicht aufgehalten werden.

D. Kosten und Entschädigungen.

1. Baarauslagen.

§ 263. Für Baarauslagen, welche entweder durch das Begehren einer Partei oder dadurch veranlaßt werden, daß sie zu einem prozessualischen Akte pflichtig wird, hat dieselbe binnen Frist der Gerichtskanzlei einen genügenden Baarvorschuß zu leisten, ansonst zu ihrem Nachtheile die gerichtliche Handlung unterbleibt. Wird die mit Baarauslagen verbundene Handlung von beiden Parteien veranlaßt, oder vom Gerichte im Interesse beider Parteien angeordnet, so ist der Vorschuß vorläufig auch von beiden Parteien verhältnißmäßig zu bestreiten.

Cf. die Abhandlung von **Ullmer**: Die Kautionspflicht im Zivilprozesse (Z. VIII. p. 297).

Der Richter hat bei der Kautionsauflegung die Verhältnisse des einzelnen Falles in's Auge zu fassen. Er darf den Baarvorschuß nicht willkürlich zu hoch ansetzen. Freilich kann es dann hie und da vorkommen, daß selbst bei aller Sorgfalt, welche ein Gericht auf die Regelung dieses Punktes verwendet hat, der verlangte Baarvorschuß nicht ausreicht. Immerhin wird ein solcher Fall selten eintreten. Wenn es aber doch geschieht, so muß ein solches Resultat noch im Laufe des Prozesses korrigirt werden (R.=B. 1876, Nr. 44).

Cf. ad § 269.

§ 264. Baarvorschüsse dürfen erst verlangt werden, wenn die Nothwendigkeit der Vornahme der fraglichen Handlung feststeht.

Für einfache Vorladungen, Stempel und Schreibgebühren soll in der Regel nur dann ein Vorschuß von den Parteien gefordert werden, wenn ein solcher gleichzeitig auch wegen anderer Auslagen nöthig ist.

Der Eingang der Kaution ist sofort im Protokollheft vorzumerken (Ob. G. Beschl. 30. Aug. 1881 **Frei**).

2. Kautionen.

§ 265. Für die Prozeßkosten und Prozeßentschädigung hat der **Kläger** und Widerkläger, sowie Derjenige, welcher gegen einen erstinstanzlichen Entscheid ein Rechtsmittel ergreift, angemessene Kaution zu leisten, sofern er im Kanton keinen festen Wohnsitz hat, oder wenn er notorisch zum allfälligen Ersatz der Kosten keine hinlänglichen Vermögensstücke besitzt, oder von einem frühern Zivilstreite her ungeachtet angewandten Rechtstriebes noch Kosten oder Bußen schuldet.

Cf. Art. 23 und 26 des eidgen. Zivilprozeßgesetzes.

§ 266. Auch der **Beklagte** ist zur Kautionsleistung anzuhalten, wenn er entweder während des Prozesses aus dem Kanton wegzieht, oder wenn er durch Protestation im Auffalle oder durch Auswirkung einer gerichtlichen Verfügung den Kläger zur Anhebung der Klage genöthigt hat und bei ihm die Voraussetzungen des vorigen Paragraphen zutreffen.

„Durch Auswirkung einer gerichtlichen Verfügung." Hieher gehört auch der Fall, wenn ein auswärtiger Kreditor den Eigenthumsausweis eines Ansprechers bei Pfändungen provozirt.

§ 267. Die von einem **Kläger**, **Widerkläger**, **Appellanten** oder **Rekurrenten** zu bestellende Kaution ist jeweilen in einer, sofort nach Eingang der Weisung, der Appelationserklärung oder der Rekursschrift durch den betreffenden Richter anzusetzenden zerstörlichen Frist beizubringen; Versäumniß derselben hat zur Folge, daß die Klage nicht an Hand genommen, beziehungsweise dem gestellten Begehren keine Folge

gegeben wird. Verlangt jedoch ein Beklagter, gestützt auf § 318 Ziff. 4, definitive Erledigung der Klage, so kann dem Kläger auch eine weiter gehende Androhung gemacht werden.

Einem Beklagten ist für den Fall der Nichtleistung der Kaution je nach Umständen anzudrohen, entweder daß Anerkennung der Klage angenommen oder daß auf das einseitige Vorbringen des Klägers hin beziehungsweise auf Grund der vorliegenden Akten entschieden würde.

Die Androhungen hängen darnach von dem jeweiligen Stadium ab, in welchem sich ein Prozeß befindet. Im Allgemeinen wird man sagen dürfen, daß die Androhung möglichst wenig weitgehend gefaßt werden sollte. Cf. indessen § 478.

In denjenigen Fällen, in denen noch keine Parteiverhandlungen stattgefunden haben, ist die Androhung dahin zu fassen, daß der Kläger zum einseitigen Vortrage zugelassen, seine thatsächlichen Behauptungen als nicht bestritten betrachtet, Verzicht auf Einreden angenommen und sodann auf Grund der Akten zur Urtheilsfällung geschritten würde. In denjenigen Fällen dagegen, wo der Prozeß nach bereits stattgefundenen Parteiverhandlungen im Stadium des Beweisverfahrens sich befindet, ist anzudrohen, daß Verzicht auf Beweis resp. Gegenbeweis angenommen, dem Gegner aber solcher noch abgenommen und sodann, immerhin unter Würdigung der in den Akten liegenden zu Gunsten des Kautionspflichtigen sprechenden Verhältnisse das Urtheil erlassen würde (Z. XXII. p. 224).

In einer Entscheidung sagt die Appellationskammer Folgendes (R.-B. 1879, Nr. 44):

Nach § 267 der Zivilprozeßordnung hat der Richter die Wahl einem kautionspflichtigen Beklagten je nach Umständen anzudrohen, entweder daß Anerkennung der Klage angenommen oder daß auf das einseitige Vorbringen des Klägers bezw. auf Grundlage der Akten entschieden werde. Wann das eine oder andere geschehen solle, sagt das Gesetz nicht. Nach der Natur der Sache ist wohl davon auszugehen, daß zwar der Beklagte in Folge Nichtleistung der Kaution seiner prozessualischen Rechte insoweit verlustig gehe, als er mit der Geltendmachung bezw. mit dem Beweise seiner Einreden ausgeschlossen und Gegner seinerseits für das von ihm Behauptete nicht beweispflichtig wird. Innerhalb dieser Grenzen soll aber gleichwohl dem materiellen Rechte so viel als möglich Genüge geschehen. Anerkennung der Klage soll deßhalb nie angedroht werden, wo das vom Kläger Vorgebrachte, abgesehen von der Beweisfrage und allfälligen Einreden, auch an und für sich nicht zur Begründung der Klage ausreicht, vielmehr soll das bloß da geschehen, wo in der als richtig angenommenen Sachdarstellung des Klägers bereits ein Klagefundament enthalten ist. Zu einem solchen gehört im Vaterschaftsprozeß die Feststellung des Zeitpunktes der Niederkunft, wofür der Richter von Amteswegen zu sorgen hat. Anerkennung der Klage soll deßhalb in solchen Fällen bloß angedroht werden, wenn die Kautionsauflage erst nach der Niederkunft erfolgt und diese mit dem angegebenen Zeitpunkt der Konzeption stimmt.

In einem Ehescheidungsprozesse wurde der Beklagten, welche nach dem erstinstanzlichen Entscheide den Kanton verlassen hatte, aufgegeben, binnen Frist eine Kaution zu leisten, widrigenfalls die von ihr erklärte Appellation verweigert würde. Die Beklagte leistete die Kaution nicht und deßwegen wurde der Androhung Folge gegeben. Ihr Rekurs wurde verworfen (R.-B. 1878, Nr. 69):

Weder die Bundesverfassung noch das Bundesgesetz betreffend die Ehe u. s. f., noch das Gesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege enthält eine Bestimmung, welche darauf hinweisen würde, daß in Scheidungsprozessen die Vorschriften kantonaler Gesetze betreffend Kautionsleistung dahinfallen.

Der Art. 54 der Bundesverfassung spricht lediglich von der Eingehung der Ehe und hat die Ehescheidung überall nicht im Auge. Es erscheint eine Ausdehnung dieser Gesetzesbestimmung auf die Fälle, wo ein Ehegatte sich der Scheidung widersetzt, in keiner Weise statthaft.

Daraus, daß nach Art. 43 des Bundesgesetzes betreffend die Ehe in Verbindung mit Art. 29 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege auch in Scheidungsprozessen jeder Partei das Recht zusteht, bei dem Bundesgerichte die Abänderung des letztinstanzlichen kantonalen Haupturtheiles nachzusuchen, folgt ganz und gar nicht, daß in derartigen Prozessen die gewöhnlichen Regeln betreffend Kaution u. dgl. von den kantonalen Gerichten nicht zu handhaben seien. Ganz mit dem gleichen Rechte könnte die Zulässigkeit einer Kautionsauflage in Scheidungsprozessen für Baarauslagen unter der Androhung, daß sonst die von der betreffenden Partei verlangte gerichtliche Verhandlung unterbleibe, bestritten und ebenso behauptet werden, es seien Kautionsauflagen durch die kantonalen Gerichte in allen denjenigen Prozessen ausgeschlossen, welche die Bundesgesetzgebung an das Bundesgericht weiter zu ziehen gestattet.

§ 268. Der Vertreter einer kautionspflichtigen Partei, welcher vor Gericht bereits gehandelt hat, ist immer haftbar für die gemäß § 267 erlaufenen Schreibgebühren. Vorbehalten bleibt außerdem die Bestimmung des § 261.

Sonst haftet der Anwalt, der Namens eines Dritten handelt, keineswegs für die Kosten (Rekurskammer Spöndlin 14. Mai 1877).

Cf. indessen § 261.

§ 269. Die Größe der Kaution wird nach Maßgabe des Streitwerthes und des wahrscheinlichen Umfanges des Prozesses durch freies richterliches Ermessen festgesetzt und kann später nach Bedürfniß erhöht werden.

§ 270. Die Kaution kann in baar, durch Hinterlegung solider Werthschriften oder durch Bürgschaft eines habhaften Kantonseinwohners geleistet werden.

Es gibt unter den neumodigen Advokaten bei uns auch solche, deren Bürgschaftserklärungen bei unsern Gerichten nicht als genügende Kaution erklärt werden müssen!

§ 271. Stellt sich die geleistete Kaution als unzureichend dar, so wird dieselbe zunächst für die Prozeßentschädigung, sodann für die Baarauslagen und Schreibgebühren, und erst in letzter Linie für die Staatsgebühr verwendet.

Cf. Art. 27 i. f. des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes.

Die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Kautionsbestellungen dürfen nicht ohne Weiteres auf den Strafprozeß angewendet werden (Schauberg's Z. N. F. I. p. 198/9).

3. Kosten und Entschädigungen.

§ 272. Die Gerichtskosten sind in der Regel der unterliegenden Partei aufzulegen.

Wenn kein Theil ganz obgesiegt hat, so sind die Kosten in dem Verhältnisse zu vertheilen, in welchem die Parteien unterlegen sind. Jedoch dürfen alle Kosten dem Beklagten auferlegt werden, wenn dem Kläger die genaue Bezeichnung der Größe seiner Forderung nicht zugemuthet werden konnte und seine Klage in der Hauptsache gutgeheißen wird.

Wenn das Gericht statt einen Augenschein anzuordnen den streitigen Gegenstand in's Gerichtslokal bringen läßt, so gehören die Transport- und Lagerspesen zu den Prozeßkosten (Beschluß der Appellationskammer Küng 23. Februar 1878).

Absatz 2 des § 272 erster Satz wird bei uns allzu buchstabenmäßig interpretirt. Wenn Jemand 100 Fr. fordert und wenn der Beklagte zu 90 Fr. kondemnirt wird, so findet regelmäßig eine Kostenvertheilung von $^{9}/_{10}$ zu Lasten des Beklagten, zu $^{1}/_{10}$ zu Lasten des Klägers statt. Es ist diese mathematische Art des Vorgehens in meinen Augen ganz unrichtig und ungerecht.

Satz 2 des zweiten Absatzes von § 272 findet eine sehr zweckmäßige Anwendung namentlich bei den Schadenersatzprozessen.

§ 273. Wenn eine Partei unnöthiger Weise Kosten verursacht hat, so sind ihr dieselben, sowie ein verhältnißmäßiger Antheil an der Staatsgebühr, allein aufzulegen, ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses.

Cf. ad § 261 und Z. I. p. 253, II. p. 451.

§ 274. Gegenüber der Gerichtskasse haftet für die Bezahlung der Gerichtskosten nur diejenige Partei, welche rechtskräftig zur Tragung derselben verurtheilt ist.

Eine subsidiäre Haftpflicht der obsiegenden Partei für die der unterliegenden aufgelegten Kosten tritt nur ein:

1. für die Baarauslagen, wenn und soweit sie eine Kaution für solche geleistet hat;
2. für die der obsiegenden Partei selbst zuzustellende Ausfertigung des Erkenntnisses;
3. im Scheidungsprozesse für die Baarauslagen und Schreibgebühren, nicht dagegen für die Staatsgebühr.

§ 275. Die unterliegende Partei hat, wenn sie die Gerichtskosten allein bezahlen muß, dem Gegner auch die außergerichtlichen Kosten zu ersetzen und denselben in der Regel überdies für Umtriebe in vollem Maße zu entschädigen.

Zu den außergerichtlichen Kosten gehören namentlich die Kosten des Sühnverfahrens und andere nothwendige Baarauslagen.

Die Prozeßentschädigung ist durch freies richterliches Ermessen festzusetzen. Die Parteien sind zu diesem Zwecke berechtigt, dem Richter bis zur Fällung des Urtheiles Rechnung vorzulegen über die Kosten für Bestellung eines Vertreters, Beschaffung der Beweismittel u. s. w.

Die Verpflichtung], wornach der Besiegte dem Sieger auch die außergerichtlichen Kosten (namentlich die Advokaturgebühren) ersetzen muß, beruht nicht, wie früher häufig angenommen wurde, auf aquilischer Culpa oder gar auf Dolus (cf. König's Z. XVI. p. 462 ff.). Die Entschädigungspflicht wird regelmäßig auch ohne speziell darauf gerichteten Antrag der Partei statuirt. Eine Partikularität vide in § 540.

Früher wurde gesagt, daß neben der Prozeßentschädigung, die das Gericht fixirt, noch nothwendige Auslagen von der unterliegenden Partei zu ersetzen seien, auch wenn das Gericht nichts darüber disponirt habe. (Cf. Z. I. p. 255, Nr. 137; VIII. p. 201; X. p. 412, Nr. 81).

Nach dem gegenwärtigen Gesetze sollen in der Prozeßentschädigung alle Kosten und Baarauslagen enthalten sein.

Leider gibt sich unsere Praxis dem bedenklichen Mißbrauche hin, die Entschädigungen immer möglichst knapp auszumessen. Ich habe schon früher gegen diesen Abusus meine Stimme erhoben, allein ohne Erfolg. Dies zwingt mich, auch an dieser Stelle wieder zu sagen, daß der in den Gerichtssälen eingenistete Schlendrian endlich beseitigt werden sollte.

1. Die Festsetzung der Prozeßentschädigungen erfolgt mit alleiniger Berücksichtigung der stattgehabten mündlichen Verhandlungen. So lange das Prozeßverfahren sich bei uns in eine Masse von mündlichen Terminen zerbröckelte, hatte jene Taxation einen Sinn. Heutzutage, wo in einem Prozesse bloß zwei oder drei Verhandlungen nöthig sind, beruht die angegebene Berechnung auf einem Nonsens.

2. Die ganze Sache hat keineswegs bloß eine pekuniäre Bedeutung. Durch hohe Prozeßentschädigungen wird der Advokatenstand gehoben und die Trölerei etwas eingedämmt. Der Staat hat das größte Interesse daran, daß der rechte Advokatenstand gut honorirt werde. Die berühmte lex 4 C de advocatis 2.8 sagt: Laudabile vitaeque hominum necessarium advocationis officium maxime principalibus præmiis oportet remunerari.

Im Anfange des Jahres 1880 beschloß das Obergericht höhere Prozeßentschädigungen, namentlich in wichtigern Fällen, zuzusprechen. Der Beschluß blieb bis jetzt lettre morte. Wie lange wird dieser Zustand noch fortdauern? Soll es wirklich nicht zum elementarsten Rechte gehören, daß die unterliegende Partei dem Obsiegenden die außergerichtlichen Kosten ersetzen muß? Warum sagt § 275, der Sieger sei „in vollem Maße" zu entschädigen? Etwa damit der Richter das Gegentheil davon thue? Cf. Art. 24 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes und das Bundesgesetz über die Kosten der Bundesrechtspflege (Bundesblatt 1880, III. p. 403 ff.). Vide den Anhang zur zweiten Abtheilung.

Bei dem Ausmaß der Entschädigung ist natürlich gemäß § 275.3 davon auszugehen, daß Jedermann, der in einen Prozeß verwickelt ist, das Recht hat, sich im Vor- und Hauptverfahren eines Anwaltes zu bedienen. Dadurch allein wird der Schwache und Arme dem Starken und Reichen im Kampfe um's Recht gleichgestellt.

Dagegen bezieht sich § 275 nur auf die durch den Prozeß veranlaßten, d. h. auf solche Kosten, welche zum Zwecke der Prozeßführung haben gemacht werden müssen, nicht aber auf einen Schaden, der mit dem Prozeßverfahren überall in keinem Zusammenhange steht (R.-B. 1879, Nr. 59).

Es wurde „ein für alle Mal" anerkannt, daß die Kosten des eigentlichen Exekutionsverfahrens (Rechtstrieb rc.) gegen den Hauptschuldner immer vom Bürgen verlangt werden können (R.-B. 1880, Nr. 22). Die Frage dagegen, ob der Bürge auch für die Kosten eines eigentlichen Zivilprozesses zwischen Gläubiger und Hauptschuldner aufzukommen habe, ist nach Maßgabe der Verhältnisse des einzelnen Falles zu entscheiden (l. c.)

Von der in § 275.3 erwähnten Fakultät machen die Parteien bei uns selten Gebrauch. Cf. Art. 25 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes.

§ 276. Ausnahmsweise darf die Zusprechung einer Prozeßentschädigung an die gänzlich obsiegende Partei unterbleiben und einer Partei, welche bloß einen geringen Theil der Gerichtskosten zu tragen hat, eine Entschädigung zugesprochen werden. Die Gründe sind aber immer im Erkenntniß anzugeben.

§ 277. Nehmen auf Seiten des Klägers oder des Beklagten mehrere Personen am Prozesse Theil, so richtet sich ihre Betheiligung an den gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten und an der Entschädigung im Zweifel aktiv und passiv nach Kopftheilen; als Schuldner haften dieselben, soweit nicht durch das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältniß die Solidarhaft begründet ist, subsidiär für das Ganze.

Cf. Z. XX. p. 366.

Durch die Streitgenossenschaft werden mehrere Klagen mit einander zu gemeinsamer Behandlung und Erledigung verbunden. Die Vertheilung der Kosten und Entschädigung erfolgt mit Recht per capita (cf. auch König Z. XVI. p. 461—467).

Als Schuldner haften die Streitgenossen nach Maßgabe einer Gesammtschuld (§ 945 und 946 des Zivilgesetzes). Die solidarische Haftpflicht findet ausnahmsweise statt, wenn die Konsorten zivilrechtlich aus dem nämlichen Rechtsgeschäfte oder aus Delikt solidarisch haften (cf. z. B. § 1828 des Zivilgesetzes und Art. 60 des eidgenössischen Obl.-R.).

4. Armenrecht.

§ 278. Wer durch Zeugniß der Armenpflege nachweist, daß er almosengenössig oder so bedürftig sei, daß sein Erwerb nicht ausreiche, um neben dem Lebensunterhalt für sich und die Seinigen die Prozeßkosten aufzubringen, kann bei dem betreffenden Gerichte Zulassung zum Armenrechte verlangen.

Wer das Armenrecht anrufen will, der thut gut, sich von vorneherein mit dem in § 278 enthaltenen Dokumente auszurüsten, damit deßwegen keine Verzögerung des Prozesses entsteht. Cf. Art. 27 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes. Ist das Armenrecht von der ersten Instanz bewilligt, so gilt dies in der Regel für das ganze Verfahren. Das Begehren braucht vor der zweiten Instanz nicht extra gestellt zu werden.

§ 279. Das Armenrecht kann auch Nichtschweizern gestattet werden.

§ 280. Die Bewilligung des Armenrechtes bewirkt für die betreffende Partei:

1. die einstweilige Befreiung von der Bezahlung allfällig noch ausstehender Gerichtskosten, von der Bezahlung und Sicherstellung der im Prozesse erwachsenden Staatsgebühren, der Baarauslagen der Richter und der Schreibgebühren;
2. den Wegfall der Entschädigung der an ihrem Wohnorte einvernommenen Zeugen und Sachverständigen; andere

Zeugen und Sachverständige können aus der Gerichtskasse entschädigt werden;
3. die Befreiung von der Bestellung einer Kaution für die Prozeßentschädigung, nicht aber auch von der Verpflichtung, eine solche zu zahlen.

§ 281. Kommt die Partei, welcher das Armenrecht bewilligt war, durch den Ausgang des Prozesses oder auf anderem Wege zu Vermögen, so hat sie die ihr erlassenen Baarauslagen und Schreibgebühren nachzuzahlen.

E. Allgemeine Grundsätze des Verfahrens.

§ 282. Die Parteien sollen wissentlich keine ungerechten Prozesse anheben und sich zur Verfolgung ihrer Rechte nur erlaubter Mittel bedienen. Dem Richter gegenüber sind sie zur Wahrheit verpflichtet, und es ist jede böswillige oder muthwillige Prozeßführung von Amteswegen disciplinarisch zu ahnden.

Die Parteien sollen sich, wie man sich bei uns ausdrückt, keiner „Trölerei" schuldig machen (cf. Art. 22 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes). Die disziplinirte Advokatur hat hier einen dankbaren Boden. Ein rechter Parteivertreter soll schändliche Prozesse, für welche nichts Gutes vorgebracht werden kann, einfach abweisen. Der Anwalt, der auf seine Ehre etwas hält, soll sich nie zum bloßen Diener der Partei degradiren. Er soll also seinen Beistand verweigern, wenn er die Sache als hoffnungslos ansieht. Natürlich aber kann man auch von einem gewissenhaften Advokaten nicht verlangen, daß er jeden Prozeß ablehne, den er als Richter gegen seinen Klienten entscheiden würde —, nicht deßwegen, weil man auf den Irrthum des Richters spekuliren soll, sondern weil es sich sehr häufig um schwierige Rechtssätze handelt, die bona fide einer doppelten Auslegung fähig sind.

§ 283. Niemand kann gezwungen werden, ein ihm zustehendes Recht wider seinen Willen, oder früher als er will, geltend zu machen.

Vorbehalten bleiben die durch das Gesetz ausdrücklich gewährten Ausnahmen, sowie die Bestimmung der §§ 314 und 318 Ziffer 4.

Die Provocatio ad agendum ist grundsätzlich unstatthaft im zürcherischen wie im eidgenössischen Zivilprozeß (Art. 41 des letztern).

Eine Ausnahme vide in § 579 sub 1 bei allgemeinen Verboten. In einem solchen Falle rechtfertigt es sich, mit dem Verbote die Ansetzung einer Frist für Anhängigmachung der Klage zu verbinden. Dem betreffenden Grundeigenthümer muß daran liegen, die Ansprecher von Berechtigungen auf die vom Verbote betroffenen Liegenschaften zu kennen, um dafür sorgen zu können, daß die sämmtlichen Einsprachen in kurzer Zeit ihre Erledigung finden (R.-B. 1880, Nr. 10).

Die Praxis hat an der Hand des § 2006 des Zivilgesetzes die Provokation auch den Präsumtiverben gestattet gegenüber Ansprechern im öffentlichen Inventare (Ullmer's Kommentar Nr. 2558).

Hieher kann auch der Fall der Bauinhibition gezogen werden (§ 587 und ff.).

Im Uebrigen muß betont werden, daß Niemand gezwungen werden kann, ein ihm zustehendes Recht früher als er will einzuklagen, ausgenommen die durch das Gesetz ausdrücklich bezeichneten Ausnahmen (cf. Z. XXII. p. 227/8).

§ 284. Die Leitung des Verfahrens liegt dem Richter ob. Er hat von Amteswegen dafür zu sorgen, daß den gesetzlichen Vorschriften und richterlichen Anordnungen ein Genüge geschehe und der Streit möglichst schnell seinem Endentscheide zugeführt werde.

Die sogenannte formelle Prozeßleitung gehört nach unserm Gesetze zum Officium judicis (cf. § 114 ff.). Dahin sind z. B. folgende Befugnisse zu rechnen, die dem Gerichtsvorstande zukommen:

1. Die Ansetzung der Tagfahrt. Im zürcherischen Gerichtsstile nennt man dies „Vertagung". Der Ausdruck ist natürlich nicht richtig. Ferner die Abänderung des Termins ɪc.
2. Die eigentliche Leitung der Verhandlung (Eröffnung und Schluß, Geben und Entziehen des Wortes).
3. Uebung des Fragerechtes (§ 287 und 335).
4. Sistirung des Streites wegen präjudizieller Entscheidungen.
5. Leitung der sogenannten Beweisinstanz (cf. § 475, 483, 530).

§ 285. Die Parteien haben nach Maßgabe der Gesetze gleichmäßigen Anspruch auf volles rechtliches Gehör.

Sie sind jederzeit befugt, von den Protokollen und Akten Einsicht zu nehmen und sich Auszüge aus denselben geben zu lassen.

Der Grundsatz wechselseitigen Gehörs ist allgemein anerkannt (cf. Art. 20 und 21 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes). Wird er verletzt so führt dies Nichtigkeit herbei (§ 704, Nr. 6). — Cf. indessen ad §§ 211, 320 und §§ 582 und 603, ferner § 347. Auch ist es statthaft, ein Gesuch des Gegners abzuweisen ohne die andere Partei anzufragen (§§ 695, 701).

Das Recht, sich Auszüge aus den Akten und Protokollen geben zu lassen und die letztern einzusehen, besteht nur zu Gunsten der Parteien und ihrer Vertreter. Es sind also alle Schnüfeleien von Zeitungsreferenten u. dgl. absolut verboten. Es ist mehr als lächerlich davon zu reden, daß Akten und Protokolle nach Beendigung der Prozesse dem „Volke" angehören und juris publici seien.

§ 286. Soweit das Gesetz nicht ausdrücklich etwas Anderes vorschreibt, ist es lediglich Sache der Parteien, dem Richter das Thatsächliche des Streitfalles darzulegen, und dürfen Einreden und Gegeneinreden mit Ausnahme derjenigen, deren Nichtbeachtung Ungültigkeit des Verfahrens zur Folge hätte, nicht von Amteswegen ergänzt und thatsächliche Verhältnisse nur, so weit sie sich auf die Akten stützen, berücksichtigt werden.

Mit dieser Bestimmung ist ausgesprochen, daß unser Gesetz der sogenannten Verhandlungsmaxime huldigt. Ihre Bedeutung liegt darin, daß der Richter an die faktischen Ausführungen und Beweise der Parteien gebunden ist. Sie ist im Kanton Zürich klar und bewußt erst durch das Gesetz von 1831 eingeführt worden (Off. S. I. p. 132 ff.). Die Verhandlungsmaxime ist auch im eidgenössischen Zivilprozeßgesetze Art. 2 sanktionirt.

1. Der Zivilprozeß ist und bleibt eine Privatsache der streitigen Parteien. Der Richter ist bei uns zunächst Zuhörer. Dabei bleibt § 284 vorbehalten.
2. Machen die Parteien Zugeständnisse, so hat der Richter sie als wahr anzunehmen.
3. Der Richter hat nicht selbständig nach Beweisen sich zu erkundigen oder spontan Urkunden einzuziehen, sondern nur wenn und soweit es die Parteien verlangen.

Aus dem Gesagten folgt, daß die Parteien unter dem Vorbehalte des ad § 284 Gesagten souverän sind und weiter:

a) daß der Richter nicht ex officio einschreiten soll (ne procedat judex ex officio);
b) daß er nicht über die Begehren der Parteien hinausgehen darf (ne eat judex ultra petita). Wenn der Richter noch so sehr überzeugt wäre, daß der Kläger zu wenig gefordert oder der Beklagte zu viel anerkannt hätte: er ist an die Anträge der Parteien gebunden (cf. §§ 291 und 704, Nr. 8).

Kraft der Verhandlungsmaxime ist dem Richter alles Unbestrittene zweifellos und alles Bestrittene beweisbedürftig, wenn es nicht notorisch oder bereits durch die Partei bewiesen ist (Wach: Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung p. 48 p. 148 ff.).

Es gibt nach unserm Gesetze einzelne Prozeßarten, in welchen die Verhandlungsmaxime durchbrochen ist:

a) in den Prozessen über Vormundschaft wegen Verschwendung, über Entziehung der väterlichen oder ehelichen Vormundschaft und über Sicherstellung des Weiberguts (§§ 536 und 538 des Prozeßgesetzes; cf. auch § 327 des Zivilgesetzes);
b) in Ehescheidungs- und Vaterschaftsprozessen (§§ 508 und 524);
c) in Konkursprozessen (§ 123 des Konkursgesetzes);
Nota. Hier offenbar ohne zureichenden Grund (cf. meine Abhandlung in der Zeitschr. für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege V. p. 159);
d) in Prozessen über Verletzung des Zinsmaximum's (Gesetz betreffend die Aufhebung des Wuchergesetzes 1865 Off. S. XIII. p. 562).

Es ist schon wiederholt bei uns behauptet worden, die Verhandlungsmaxime sollte abgeschafft werden. Davon kann absolut keine Rede sein.

An ihre Stelle will man die Untersuchungsmaxime einführen. Sie würde darin bestehen, daß der Richter über die Parteien seinen vollsten väterlichen Schutz ausbreiten würde vom Momente an, da die Klage angebracht wird. Darnach würde sich der Richter mit dem Vorbringen der Parteien nicht begnügen, er würde selber überall nachforschen und selber Beweise beschaffen. Mit diesem Axiome würde das umfassendste Examen eingeführt und meiner Ueberzeugung nach hätte es die reinste Willkür im Gefolge.

Freilich sagt man, mit diesem neuen Prinzip würde die materielle Wahrheit an den Tag kommen, während die Verhandlungsmaxime nur die formale Wahrheit erziele. Davon ist zu sagen, daß dies als eine hohle Phrase erscheint (cf. Keller Monatschronik I. p. 11—23, v. Wyß in der Zeitschrift für schweizerisches Recht IV. p. 66 ff. und namentlich Wach l. c. p. 39 ff.).

1. Der Staat hat nicht die Aufgabe, die Unterthanen zu bevormunden.
2. Wenn es auch wahr ist, daß zuweilen durch Unbeholfenheit einer Partei das Recht verkümmert wird, so ist auf der andern Seite zu betonen, daß es sich im Prozesse der Regel nach um pekuniäre Fragen handelt, bei deren Wahrung Jeder am besten weiß, wie er dies thun

soll. Die wichtigsten Potenzen in der Welt sind die ökonomischen Fragen.

3. Es ist für den Richter nicht möglich, zu gleicher Zeit Richter und Advokat beider Parteien zu sein. Dagegen würde er bei jenem Systeme unvermerkt Advokat einer Partei.

Umgekehrt würden dann die Parteien und Advokaten nichts leisten, weil sie einen nur geringen Einfluß hätten.

Ich resümire also dahin, die Verhandlungsmaxime ist im Zivilprozesse unbedingt gut. Die Untersuchungsmaxime hat allein im Strafprozesse ihren Boden.

§ 287. Wenn es den Vorträgen der Parteien an der erforderlichen Klarheit, Vollständigkeit oder Bestimmtheit gebricht, so soll sich der Richter bemühen, den Mangel durch geeignete Fragen zu heben.

Verweigerung genügender Antwort ist nach geschehener und im Protokoll vorzumerkender Androhung mit den dem einzelnen Falle entsprechenden prozessualischen Nachtheilen zu verknüpfen.

In dieser Vorschrift (cf. auch § 335.1) liegt keineswegs eine Verletzung der Verhandlungsmaxime, wohl aber die Gefahr, daß dieselbe verletzt werden könne. Es muß dem Richter indessen wohl gestattet sein, der Partei zu eröffnen, daß der Vortrag unvollständig oder unklar sei. Die Vorschrift der §§ 287 und 335 gilt für die erste und zweite Instanz.

Cf. ad §§ 179 und 335.

§ 288. Bei der rechtlichen Beurtheilung der Begehren und Einwendungen der Parteien hat der Richter die hiesigen Gesetze von Amteswegen zur Anwendung zu bringen, dem allgemeinen Rechte derogirende Gewohnheitsrechte aber nur auf Anrufen der Partei und auf geleisteten Nachweis.

Jura novit curia. Das Recht zu kennen und anzuwenden ist Aufgabe des Richters. Es erscheint darnach als indifferent, ob eine Partei

a) eine unrichtige Gesetzesbestimmung citirt oder
b) das Gesetz überhaupt nicht angerufen oder gesagt hat, der Richter werde die richtige Gesetzesbestimmung schon herausfinden (wie ein „Advokat“ der neuen Mode einmal sich ausdrückte).

Immerhin ist klar, daß das Gewohnheitsrecht bewiesen werden muß, soweit es der Richter nicht sonst kennt. Cf. auch Art. 3 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes.

Eine viel ventilirte Frage ist die, ob die Einrede der Verjährung ex officio zu berücksichtigen sei. Darauf ist mit Nein zu antworten. Die Einrede der Verjährung setzt bestimmte Fakta (Zeitablauf) voraus, die durch andere Fakta wieder entkräftet werden können (Unterbrechungsgründe). Cf. auch Art. 160 des eidgenössischen Obligationenrechtes und Wach (Vorträge p. 45). Es muß überhaupt hier hinzugefügt werden: überall, wo faktische Behauptungen als Voraussetzungen der Gesetzesanwendung nicht förmlich vorgetragen werden oder sonst nicht in den Akten liegen, da kann der Richter nicht einfach von sich aus die Gesetzesbestimmungen anwenden. Daraus würde eine ungleiche Behandlung der Parteien resultiren. Eine Partei würde von der Befugniß ausgeschlossen nachzuweisen, daß durch andere Thatsachen die Anwendung der betreffenden Bestimmung eliminirt werde.

§ 289. Kommen fremde Gesetze zur Anwendung (§§ 1—7 des privatrechtlichen Gesetzbuches), so hat der Richter dieselben von Amteswegen zu beachten, sofern er sichere Kenntniß von deren Inhalt besitzt.

Indessen ist es Sache der Partei, welche sich auf ein fremdes Recht beruft, dessen Inhalt nöthigenfalls dem Richter nachzuweisen.

Niemals kann ein rechtskräftiges Urtheil wegen Nichtbeachtung oder unrichtiger Auslegung fremder Gesetze angegriffen werden, wenn die Parteien versäumt haben, während des Prozesses sich auf dieselben zu berufen und dem Richter deren Inhalt nachzuweisen.

Fremdes Recht gilt als eine res facti, sofern der Richter nicht sichere Kenntniß von seinem Inhalte hat. In diesem Falle hat er es nach unserer Gesetzgebung einfach anzuwenden und es bedarf nicht eines besondern Beweises. Von diesem fremden und dem Richter bekannten Rechte gilt also der Satz, daß es in jedem Stadium des Prozesses noch vorgebracht werden kann, sei es in der Schlußverhandlung, sei es in appellatorio. Ist der Richter berechtigt, für die Ermittelung fremder ihm nicht bekannter Rechtsnormen noch andere Erkenntnißquellen zu benützen als das von den Parteien diesfalls vorgelegte Material? Wach (Vorträge, p. 156) sagt ja. Ich möchte mit nein antworten. Das fremde Gesetz ist prinzipiell eine Thatsache, wenn es dem Richter nicht bekannt ist.

§ 290. In der Würdigung der Beweise ist der Richter lediglich an seine Ueberzeugung gebunden, sofern ihn das Gesetz hierin nicht ausdrücklich beschränkt.

Die Verhandlungsmaxime verlangt, daß der Richter gemäß den von den Parteien vorgebrachten Behauptungen und Beweisen entscheide. Dagegen ist er in der Würdigung und Abwägung der Beweise frei und ungehindert. Damit will gesagt werden: Der Richter soll nach sorgfältigster Prüfung derselben dem Rechte, das er erkennt, zum Rechte verhelfen. Cf. auch § 532.

Nach der freien Auffassung des Beweises, wie sie in unserm Prozeßgesetze niedergelegt ist, kann der Richter vorbehältlich weniger Einschränkungen alles ihm Vorliegende benutzen, was geeignet ist, eine vernünftige Ueberzeugung zu begründen. Diese Freiheit ist nur bei ausgezeichneten und gewissenhaften Richtern für die Rechtsprechung ungefährlich.

Es ist aber ein bedenkliches Raisonnement, wenn man sagt: Der Richter könne entscheiden, wie er wolle. § 290 gibt dem Richter kein Blancogiro zu thun, was ihm beliebt.

§ 291. Der Richter darf einer Partei weder mehr, noch Anderes zusprechen, als sie selbst verlangt, noch minder, als der Gegner anerkannt hat.

Cf. § 704 Nr. 8.

Immerhin muß hier betont werden: Im Plus ist auch das Minus enthalten. Wer 1000 Fr. fordert, fordert implicite auch z. B. 500 Fr.

Die Ausscheidung, wo „etwas Anderes" vorliegt, ist zuweilen schwierig. Das Obergericht hat z. B. erklärt, daß derjenige, welcher auf Grund eines Bürgschaftsscheines die Zahlung der Bürgschaftssumme verlange, nicht „etwas Anderes" begehre, wenn er eventuell die Anerkennungs-

klage stelle, wonach die Bürgen später auf den Verfallstermin den Betrag zu bezahlen und inzwischen zu verzinsen haben (Appellationskammer Schurter, 27. September 1881.) Ferner hat die zweite Instanz demjenigen, der ein Faustpfandrecht beanspruchte, ein Retentionsrecht zugesprochen, obwohl er es nicht eventuell verlangte (Beschluß Appellationskammer Schelling, 1. Juli 1879). Ist die Ansprache eines Faustpfandrechtes das Minus des geforderten Eigenthums?

§ 292. Wenn der Entscheid in einem Falle, in welchem die Verhandlungen nicht protokollirt worden sind, von einem Richter mit Einzelkompetenz gegeben werden muß, welcher das Verfahren nicht geleitet hat, so sind die Verhandlungen von Neuem vorzunehmen.

§ 293. Die Minderheit eines Gerichtes, sowie der Gerichtsschreiber sind berechtigt, ihre abweichende Ansicht unter Anführung der Gründe zu Protokoll zu geben. Diese ist im Falle des Weiterzuges auch der zweiten Instanz mitzutheilen.

Die Minderheitsansichten sind den Parteien nicht mitzutheilen. Das Gericht steht ihnen gegenüber als eine Einheit da.

II. Abschnitt.

Das ordentliche Verfahren im Allgemeinen.

A. Sühnverfahren.

§ 294. Alle Zivilstreitigkeiten (Klagen und Widerklagen), welche auf den Weg des ordentlichen Prozesses gebracht werden, unterliegen einem vorgängigen Sühnverfahren vor dem Friedensrichter.

Ausgenommen hievon sind nur diejenigen Streitigkeiten, für welche nach bestehenden Gesetzen andere Sühnbehörden aufgestellt sind, oder welche nach den Vorschriften dieses Gesetzes mit Umgehung des Friedensrichters unmittelbar beim Gerichte anhängig gemacht werden dürfen.

Die Ausnahmen vide ad § 79.

Die Geltendmachung eines Anspruchs vor Friedensrichteramt involvirt nicht den Verzicht auf Anhebung des summarischen Exekutionsverfahrens oder auf Stellung eines Rechtsöffnungsbegehrens (B. XIX. p. 114 und Z. XX. p. 388.) Cf. § 550. Mit der Anhängigmachung der Klage wird die Verjährung unterbrochen nach Maßgabe des § 1070 lit. b. des Zivilgesetzes.

Die Praxis hält unbedingt daran fest, daß prinzipiell alle Klagen vor dem Friedensrichteramt und nicht etwa direkt bei dem Gerichte anhängig gemacht werden müssen. Die Mißachtung dieser Vorschrift d. h. die gänzliche Umgehung der friedensrichterlichen Station führt (vorbehalten die gestatteten Ausnahmen) Nichtigkeit herbei (Z. XVIII. p. 213/4). Dies gilt auch heute noch. Indessen wurde auf die Einrede, daß Sühnversuche vor dem Friedensrichter nicht stattgefunden haben, vom Obergerichte Folgendes erwidert (R.-B. 1879 Nr. 29): Wenn auch das Verfahren an dem angeführten Mangel leidet, so genügt derselbe doch nicht, um das erst-

instanzliche Urtheil zu kassiren. Der Beklagte wäre nur berechtigt gewesen, die Einlassung auf die Klage vor dem Bezirksgerichte so lange zu verweigern, bis das Sühnverfahren stattgefunden hat. Da er dieses nicht gethan hat, sind an jenen Mangel keine weiteren Folgen zu knüpfen. In gleichem Sinne wurde schon früher entschieden (B. XIII. p. 207 Nr. 13).

Cf. §§ 440, 465, 471, 1028.

§ 295. Die Zuständigkeit des Friedensrichters für das Sühnverfahren richtet sich nach den Vorschriften der §§ 209 u. ff.

Cf. ad §§ 209—217. Es gibt gewisse Fälle, in denen die Administrativbehörden zuerst angerufen werden müssen, bevor die Zivilgerichte einen Entscheid treffen können. Cf:

a) § 606 des Zivilgesetzes bei Gefährdung eines Gebäudes durch Errichtung von Kaminen, Feuerherden, Oefen u. dgl.

b) § 617 des Zivilgesetzes bei gesundheitsschädlicher Benützung des nachbarlichen Bodens,

c) §§ 618 und 619 des Zivilgesetzes bei einer übermäßigen oder chikanösen Benutzung des Hauses oder Bodens, wodurch die Augen oder die Ohren oder die Nase des Nachbars unangenehm affizirt werden,

d) § 435 des Zivilgesetzes bei Klagen eines gewesenen Vögtlings gegen den Vogt oder die Vormundschaftsbehörden,

e) bei Ertheilung von Wasserrechtskonzessionen (cf. Gesetz betreffend die Benützung der Gewässer und das Wasserbauwesen vom 22. November 1871). Ich verweise speziell auf § 3. In diesem Verfahren sind alle Einsprachsgründe speziell anzugeben. Es ist nicht statthaft, andere im Zivilprozesse nachzutragen.

In allen diesen Fällen ist die Administrativinstanz eine präliminäre Rechtsstation.

Die Praxis hat nicht immer strenge an dieser Vorschrift festgehalten (cf. Schneider: Das zürcherische Baurecht, Zch. 1865, p. 14—16). Das Gesetz ist indessen klar und zu beobachten.

§ 296. Der Friedensrichter führt über alle bei ihm anhängig gemachten Geschäfte ein Geschäftsverzeichniß und ein Protokoll.

Die zur gültigen Erledigung einer Sache durch Abstand oder Vergleich erforderlichen schriftlichen Ausweise hat er als Belege zum Protokoll sorgfältig aufzubewahren.

Cf. die obergerichtliche Verordnung § 11, ferner §§ 458 und 501.

§ 297. Wenn sich der Friedensrichter im Ausstande befindet oder abgelehnt wird, so hat derselbe sofort seinem Stellvertreter hievon Anzeige zu machen, welcher das Geschäft zu Ende zu führen und die erforderlichen Einträge in das Protokoll des Erstern zu besorgen hat.

Cf. § 126—136.

§ 298. Die Verhandlungen vor dem Friedensrichter sind mündlich.

Parteien, welche innerhalb des Wahlkreises wohnen, dem die Gemeinde des Friedensrichters angehört, haben bei Vermeidung von Ordnungsbuße persönlich und auf Verlangen des Friedensrichters oder einer Partei auch gleichzeitig zu erscheinen.

Der Friedensrichter ist als Sühnbeamter nicht berechtigt, Prozeßentschädigungen zu dekretiren, wenn eine Partei z. B. nicht erscheint. Diese letztere Thatsache ist lediglich in die Weisung aufzunehmen und bei der Ausmessung der gerichtlichen Entschädigung (§ 275) zu berücksichtigen. Anders verhält es sich natürlich, wenn der Friedensrichter judex ist (§§ 448—459).

§ 299. Parteien, welche außerhalb des Wahlkreises wohnen, steht es frei, entweder selbst zu erscheinen oder sich durch einen Bevollmächtigten vertreten zu lassen oder schriftliche Eingaben zu machen.

Wenn nur eine schriftliche Eingabe des Klägers vorliegt, kann nach einem Beschlusse der Appellationskammer (Müller-Weber 31. Dezember 1879) eine eigentliche Sühnverhandlung unterbleiben. Indessen ist die Frage kontrovers. Laut R.-B. 1877, Nr. 90 sagte das Obergericht dahin:

Auch in Fällen, wo nach § 299 der Prozeßordnung die schriftliche Behandlung einer Streitsache durch den Friedensrichter zulässig ist, hat dieser nach § 304 eod. die Pflicht, bei zweifelhaften Rechtsansprüchen den Versuch zu machen, die Parteien zu vergleichen, mag auch der Kläger die sofortige Ausfertigung der Weisung verlangen.

Es ist entschieden worden, daß auch dann, wenn ein Anwalt von Anfang in der Sache handelt, der Friedensrichter wenigstens ausnahmsweise direkt mit der betreffenden Partei verkehren kann, sofern dadurch keine ungebührliche Verzögerung eintritt (Z. XX. p. 374).

§ 300. Die Parteien sind verpflichtet, die in ihren Händen liegenden Urkunden, welche sie im Laufe des Rechtsstreites geltend zu machen gedenken, schon bei der friedensrichterlichen Verhandlung ohne Rückhalt vorzulegen.

Im Falle der schriftlichen Behandlung der Sache kann keine Partei zur Einsendung von Urkunden angehalten werden; dagegen ist jede Partei auf Begehren des Gegners verpflichtet, ihre Urkunden bei dem Gemeindammann ihres Wohnortes zur Einsicht vorzulegen.

Ueberzeugt sich das Gericht im Laufe des Prozesses, daß eine Partei ihr zu Gebote stehende Urkunden absichtlich nicht vorgelegt hat, so verfällt es dieselbe in eine Ordnungsbuße von Fr. 5—50.

Diese Gesetzesbestimmung bezieht sich wesentlich auf solche Urkunden, welche schon im Besitze der Parteien sind und auf solche, welche in Folge des Verkehrs zwischen ihnen selbst oder ihren Rechtsvorfahren entstanden, nicht dagegen auf solche, welche von den Parteien behufs sorgfältiger Prozeßführung erst herbeigeschafft werden müssen (Z. XX. p. 371/2 Erwäg. 1).

Im Uebrigen ist nicht zu vergessen, daß die friedensrichterliche Station den Parteien auch zur Präparation auf die Hauptverhandlung dienen soll.

§ 301. Der Friedensrichter soll das Vorbringen der Parteien gewissenhaft prüfen und denselben gegen Erhebung offenbar unbegründeter Ansprachen oder Bestreitung begründeter Rechtsbegehren die geeigneten Vorstellungen machen.

Bei zweifelhaften Rechtsansprüchen sucht er die Parteien zu vergleichen.

Um dieser gesetzlichen Aufgabe mit Erfolg nachzukommen ist es offenbar nöthig, daß der Friedensrichter die positive Gesetzgebung und die Praxis vollkommen beherrsche. Der Staat würde eminent klug handeln, wenn er den Posten des Friedensrichters mit ausgezeichneten Juristen besetzen würde. Zu diesem Zwecke müßten dann große Kreise gemacht werden.

§ 302. Der Friedensrichter kann auch den Streitgegenstand in Gegenwart der Parteien besichtigen, und wenn letzterer sich in den Kreis eines andern Friedensrichters erstreckt, diesen auf Begehren einer Partei zum Augenschein und zur Vermittlung beiziehen.

Dagegen ist dem Friedensrichter, soweit er nur als Sühnbeamter handelt, untersagt, Zeugen abzuhören, Berichte von Behörden und Beamten oder Befunde von Sachverständigen einzuziehen und Rechtsnachtheile anzudrohen.

§ 303. Kommt ein Vergleich zu Stande, so wird er mit genauer Bezeichnung der Namen und des Wohnortes der Parteien und ihrer Bevollmächtigten in allen seinen Bestimmungen sorgfältig in Schrift verfaßt, den Parteien vorgelesen, nach Richtigbefinden unter Vormerk der geschehenen Vorlesung und Genehmigung in's Protokoll eingetragen, in diesem letztern von beiden Parteien unterzeichnet und jeder derselben auf ihr Verlangen in beglaubigter Abschrift zugestellt.

Bei Bevogteten ist die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde durch die Vertreter der betreffenden Partei schriftlich einzuholen und derselben im Protokolle zu erwähnen.

In der Praxis wird es leider häufig übersehen, der Vorschrift des § 303 nachzukommen. Hernach wird oft der vor Friedensrichteramt bloß mündlich abgeschlossene Vergleich wieder in Frage gezogen. Jeder Zeugenbeweis darüber ist unerheblich (Obergerichtlicher Beschluß Wasser 23. Juni 1881). Auch kann der Friedensrichter nicht amtlich Auskunft ertheilen über den thatsächlichen Abschluß des Vergleichs (Ullmer's Zivilprozeß p. 231). Nur der unter Beobachtung des § 303 vor Friedensrichteramt abgeschlossene Vergleich hat rechtliche Bedeutung.

Daraus ergibt sich, daß der vor Friedensrichteramt gültig abgeschlossene Vergleich einen Formalakt darstellt. Auf der andern Seite ist es aber denkbar, daß vor Einleitung eines Prozesses beim Friedensrichteramte oder nach Abgabe der Weisung an's Gericht ergo nach eingetretener Litispendenz die Parteien die Hülfe des Friedensrichters in seiner gewöhnlichen Stellung als Privatmann beanspruchen. Kommt unter diesen Voraussetzungen ein Vergleich zu Stande, so unterliegt er zu seiner Gültigkeit nicht dem Formalismus des § 303 (cf. Oberger. Urtheil Wolfensberger 28. Januar 1877).

§ 304. Wird ein Vergleich bei Besichtigung der streitigen Lokalität abgeschlossen, so genügt es, daß derselbe in einer besondern Urkunde abgefaßt und von beiden Parteien unterzeichnet wird.

In diesem Falle, sowie wenn ein Vergleich durch Briefwechsel abgeschlossen wird, ist lediglich der Inhalt des Vergleiches in das Protokoll aufzunehmen.

Natürlich kann ein Vergleich, soweit er durch Briefwechsel zuläßig ist, auch durch eine telegraphische Depesche abgeschlossen werden.

Cf. ad § 299.

§ 305. Wird eine Klage mündlich zurückgezogen oder von dem Beklagten anerkannt, so ist dieser Abstand von der betreffenden Partei am Protokolle zu unterzeichnen.

Ein Abstand (also eine einseitige Rechtshandlung) kann sein:
a) Anerkennung der Klage oder
b) Rückzug derselben.

Bei diesem Vorgange sind alle Kommunikationsmittel möglich (Briefe, Telegramme, Spedition per Telephon). Cf. Z. XX. p. 372/3.

§ 306. Vergleiche und Abstandserklärungen treten erst in Kraft mit der vorgeschriebenen Unterzeichnung (§§ 303—305) und nach erfolgter schriftlicher Genehmigung, wo eine solche nöthig ist.

Sind die Parteien in Beibringung der Unterschrift oder Genehmigung säumig, so kann der Friedensrichter ihnen Frist ansetzen unter der Androhung, daß das Geschäft als erledigt abgeschrieben oder die Weisung ausgefertigt werde.

Betreffend die Ehescheidungsklagen vide § 501 und bezüglich Vaterschaftsklagen § 514 ff.

§ 307. Kann der Streit nicht beigelegt werden, so bringt der Friedensrichter das Rechtsbegehren, wenn es bloß mündlich gestellt ist, in bestimmte Form, fordert den Beklagten zur genauen Angabe darüber auf, ob und welchen Theil desselben er anerkenne, und stellt sodann dem Kläger die Weisung an das Gericht zu, sofern es sich um einen seine eigene Kompetenz übersteigenden Streitwerth handelt.

Auch eine theilweise Anerkennung ist im Protokolle zu unterzeichnen. Mündliche Anerkennungen haben keine Bedeutung (Ullmer's Zivilprozeß p. 179/80). In diesem Sinne ist auch § 312.3 zu verstehen.

§ 308. Ist die Klage nicht unmittelbar auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet, so hat der Friedensrichter die Parteien zu Erklärungen über den Werth anzuhalten, welchen sie dem Streitgegenstande beilegen. Gehen die Parteien in der Werthung einig, so hat er ohne weitere Prüfung die Weisung an diejenige Gerichtsstelle zu richten, welche nach dieser Erklärung und nach Berücksichtigung einer allfälligen theilweisen Anerkennung der Klage als die zuständige erscheint.

Cf. §§ 229 und 230.

§ 309. Können sich die Parteien über den Werth des Streitgegenstandes nicht einigen oder verweigert eine Partei die diesfällige Erklärung, so nimmt der Friedensrichter nach den

Bestimmungen der §§ 225 u. ff. die Schatzung selbst vor und bestimmt hienach auch das Gericht, bei welchem die Weisung eingereicht werden soll.

Steht seine eigene Kompetenz in Frage, so hat er die Sache immer an die höhere Instanz zu weisen.

Erfüllt der Friedensrichter seine diesfällige Pflicht nicht, so ist natürlich nicht einfach die Weisung dem Gerichte unter Protest abzugeben, sondern die betreffende Partei kann sich über den Beamten beschweren, damit er angehalten wird zu thun, was das Gesetz ihm vorschreibt.

§ 310. Steht nach den übereinstimmenden Erklärungen der Parteien oder nach der Schatzung des Friedensrichters der Streitwerth einer Handelssache über Fr. 500, so geht die Weisung an das Handelsgericht; vorbehalten bleibt die Bestimmung des § 96.

Im Uebrigen ist die Weisung bei einem Streitwerthe von mehr als Fr. 200 an das Bezirksgericht, bei einem geringern, jedoch Fr. 50 übersteigenden Streitwerthe dagegen an den Bezirksgerichtspräsidenten zu richten.

„Handelssache" cf. ad § 95. — Cf. ferner ad § 80.

Wird die Klage fortgesetzt, so können vom Datum der Weisung an Zinse gefordert werden, auch wenn vorher eine Zinspflicht nicht bestand. Ferner ist hinzuweisen auf §§ 510, 958 und 1008 des Zivilgesetzes.

§ 311. Sind beide Parteien darüber einig, daß der Streit ohne das Gutachten von Sachverständigen nicht entschieden werden könne, so soll der Friedensrichter dieselben veranlassen, sich vor Ausfertigung der Weisung auf einen oder zwei Sachverständige zu vereinigen.

Es ist dies neues Recht, von dem indessen die Praxis wenig Gebrauch macht.

§ 312. Die Weisung soll enthalten:

1. Die genaue Bezeichnung der Parteien und ihrer allfälligen Vertreter;
2. den Zeitpunkt der Anbringung der Klage;
3. das klägerische Rechtsbegehren und die theilweise Anerkennung desselben durch den Beklagten, wo eine solche vorliegt;
4. die Angabe, daß im Uebrigen der Streit nicht gütlich habe beseitigt werden können;
5. die Angaben der Parteien, beziehungsweise des Friedensrichters, über den Werth des Streitgegenstandes;
6. ein Verzeichniß aller vorgelegten Urkunden, oder die Angabe, daß keine Urkunden vorgelegt worden seien;
7. die Namen der Sachverständigen, auf welche sich die Parteien allfällig geeinigt haben;

8. die Bezeichnung des Gerichtes, an welches die Weisung gerichtet wird;
9. die Unterschrift des Friedensrichters nebst dem Datum sowohl der Ausstellung der Weisung als der Versendung derselben an den Kläger.

Ad 1. Die Parteien sind nach ihren genauen Vornamen, Namen, Zunamen (ausgenommen allfällige injuriöse Bezeichnungen) zu bezeichnen. Auch ist das Domizil, der Heimatsort und der Beruf exakt anzugeben (§ 485.2).

Sind mehrere Personen als Kläger oder als Beklagte betheiligt, so ist es wünschenswerth, daß schon vor Friedensrichteramt ein gemeinsamer Vertreter bezeichnet werde (cf. § 321).

Ad 2. Was die Fassung des klägerischen Rechtsbegehrens anbetrifft, so muß viel größere Genauigkeit anempfohlen werden. Auch die eventuellen Petita sind, wenn sie sich nicht als ein bloßes Minus der Prinzipalbegehren darstellen, schon in der Weisung anzugeben (cf. ad §§ 291 und 318.1).

Handelt es sich um fixe Summen, die ein Kläger fordert, so ist damit die Fassung des Petitums eine gegebene.

Dreht sich der Streit um Schadenersatz, so wird auch jetzt noch sehr häufig das Rechtsbegehren dahin formulirt: Ist der Beklagte schuldig, den Kläger angemessen zu entschädigen? Eine solche „Präzisirung" des Rechtsbegehrens ist ganz unstatthaft. Es ist allerdings manchmal schwierig, eine bestimmte Summe zu nennen, allein das Korrektiv gegen die darin liegende Gefahr enthält § 272.2.

Im Vaterschaftsprozesse ist es ausnahmsweise gestattet, den Entschädigungspunkt (Alimentation etc.) als Accessorium den spätern Verhandlungen zu überlassen. Auch braucht im Ehescheidungsprozesse derjenige Theil, der sich unschuldig fühlt an der Zerrüttung der Ehe, nicht schon in der Weisung eine ziffermäßige Entschädigungssumme für Aufhebung des Ehebandes und ebenso wenig die weitern accessorischen Begehren etc. anzugeben.

In einer Weisung über eine Alimentationsklage der Ehefrau gegen den Ehemann wurde die Streitsache qualifizirt als „Eheverhältniß". In einem Prozesse betreffend Ehescheidung fügte der Friedensrichter hinzu „betreffend unerlaubten Umgang", weil die Klage auf Ehebruch gestützt wurde. In einer Vaterschaftsklage sagte ein anderer: die Klägerin sei „in Schwängerung gerathen". Wäre es nicht rationell, den Friedensrichterämtern gedruckte Formulare für die Ausstellung der Weisungen zu behändigen?

Im Uebrigen ist Folgendes zu betonen. Gemäß § 312 gehört in die Weisung nicht der Klagegrund, sondern nur das klägerische Rechtsbegehren, also z. B. bei einer Geldforderung nur das Begehren, daß eine bestimmte Summe bezahlt werde, nicht der Klagegrund des Darlehens, des Kaufes u. s. f. Dies wird häufig übersehen in Folge des herkömmlichen Ausdruckes „Rechtsfrage" statt des Ausdruckes Rechtsbegehren. Wenn also in der Weisung auch ein Klagegrund angegeben ist, so ist hieran Kläger bei Begründung der Klage nicht gebunden (R.-B. 1878, Nr. 92).

Ad 5. Cf. §§ 308 und 309.

Ad 6. Cf. ad § 300. Nach diesen Gesetzesbestimmungen sind nicht blos die dem Friedensrichteramt abgegebenen, sondern alle überhaupt vorgelegten, wenn auch wieder zurückgegebenen Urkunden in der Weisung aufzuzählen.

Ad 7. Cf. §§ 311 und 325.

Bezüglich der Spezialvorschriften über die Weisungen in Vaterschafts- und Ehescheidungsklagen cf. §§ 503 und 519.

Abgesehen von dem gesetzlich festgestellten Inhalte der Weisung sind alle weitern Zusätze ausgeschlossen und unzuläßig. Es wird dies in praxi häufig übersehen. Werden aber dennoch Zusätze gemacht, so haben sie absolut keine rechtliche Bedeutung. Insbesondere gilt das Gesagte mit Bezug auf allfällige dort erwähnte mündliche Zugeständnisse, bestimmte Standpunkte oder sonstige Aeußerungen: sie sind als nicht vorhanden zu betrachten.

§ 313. Der Kläger kann verlangen, daß der Friedensrichter die Weisung spätestens binnen zwanzig Tagen nach Einleitung der Klage und in dringlichen Fällen, namentlich wenn für Einreichung derselben eine Frist angesetzt ist, noch früher ausfertige und ihm behändige.

Zu den besonders dringlichen Fällen gehören die Eigenthumsansprachen gemäß § 66 des Rechtstriebsgesetzes, ferner die Bauprozesse (§ 590), die Einsprachen gegen Korporationsbeschlüsse (§ 39 des Zivilgesetzes), die Klagen gemäß § 435. 1871 des Zivilgesetzes.

Cf. auch §§ 69 und 285. 1883. cit.

Betreffend die Spezialität von Ehescheidungsklagen cf. § 499.

Der Friedensrichter hat die Weisung dem Kläger einzuhändigen und nicht direkte dem Gerichte vorzulegen. Die einzige Ausnahme vide in § 1030.

§ 314. Zögert ein Kläger nach fehlgeschlagenem Sühnversuche mit Aushinnahme der Weisung oder mit Einreichung derselben bei der zuständigen Gerichtsstelle, so kann der Beklagte bei der letztern darauf antragen, daß demselben hiezu eine Frist unter der Androhung angesetzt werde, daß sonst je nach den Umständen unbedingter oder zeitweiser Abstand von der Klage (§ 318 Ziff 4) angenommen werde.

Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist verfügt der Richter das im einzelnen Falle Angemessene.

Cf. § 283.

§ 315. Wird innerhalb dreier Monate nach Einleitung der Klage weder vom Kläger die Weisung verlangt, noch vom Beklagten beim Gerichte ein Antrag auf Fristansetzung zur Aushinnahme derselben gestellt (§ 314), so ist der Friedensrichter berechtigt, das Geschäft unter Mittheilung an die Parteien im Protokolle als erledigt abzuschreiben.

Auch Ehrverletzungsklagen können abgeschrieben werden (Beschluß des Ob. G. Faust 16. Jan. 1879). Wird aber während mehr als sechs Monaten vor Friedensrichteramt nichts mehr gethan, so ist die Injurienklage verjährt (Appellationskammer Weilenmann 25. April 1879 und § 55 des Strafgesetzbuches). Ebenso verhält es sich mit andern Klagen, für die eine kurze Verjährung besteht. Durch die Anhängigmachung der Klage beim Friedensrichteramt wird die Verjährung unterbrochen, d. h. es beginnt eine neue Verjährung.

§ 316. Haben die Parteien nicht ausdrücklich sich anders verständigt, so sind die beim Friedensrichter erlaufenen Kosten bei einem Vergleiche von jeder Partei zur Hälfte, bei einer Ab-

standserklärung von der auf den Streit verzichtenden Partei, bei Abschreibungen und im Falle der Ausstellung einer Weisung vom Kläger zu beziehen.

B. Gerichtliche Anhängigmachung des Rechtsstreites.

§ 317. In der Regel wird jeder Rechtsstreit bei Gericht durch Einreichung der Weisung anhängig gemacht; eine Ausnahme ist nur in den Fällen zulässig, in denen das Gesetz ausdrücklich etwas Anderes vorschreibt oder zuläßt.

Ist ein Guthaben aus einem Rechnungsverhältnisse streitig, so ist der Weisung eine in Soll und Haben spezifizirte Rechnung beizulegen.

Cf. ad § 79. — Der Normalfall besteht in der Einreichung der Weisung mit der Bitte um Ansetzung des Termines. Ausnahmen:
a) § 317.2. Muß wegen Nichtbeachtung dieser Vorschrift eine zweite Verhandlung angesetzt werden, so hat der Kläger die Kosten und eine Entschädigung an die andere Partei zu bezahlen (cf. § 330).
b) § 542.
c) § 504.2.

Die Klagen, welche beim Bundesgerichte anhängig gemacht werden müssen, sind nach Maßgabe des Art. 89 des eidgen. Zivilprozeßgesetzes schriftlich auszuarbeiten.

§ 318. Die Streithängigkeit bewirkt:
1. Die Unzulässigkeit jeder Aenderung des aufgestellten Rechtsbegehrens, vorbehältlich der bloßen Verdeutlichung desselben und des Nachbringens von Nebenpunkten;
2 die Befugniß des Beklagten zur Stellung einer Widerklage, auch wenn der Kläger die Hauptklage fallen lassen sollte;
3. die Unstatthaftigkeit jeder Veränderung an Sachen oder an dem Werthe von Sachen, auf welche sich der Streit bezieht, zum Nachtheil des Gegners oder zur Erschwerung des Beweises;
4. die Pflicht des Klägers, entweder den angehobenen Prozeß fortzuführen oder anzuerkennen, daß der Anspruch zur Zeit oder in der Art, wie er erhoben wurde, nicht bestehe; vorbehalten bleibt die Zurückziehung einer Klage wegen fehlerhafter Einleitung zum Zwecke der Verbesserung und sofortigen Wiedereinbringung derselben.

Die Streithängigkeit (Litispendenz) hat erhebliche prozessualische Wirkungen (cf. v. Wyß in Z. XVII. p. 329 ff.).

Ad 1. Das Petitum ist durch die in der Weisung enthaltene Fassung fixirt. In dieser konkret umschriebenen Gestalt ist und bleibt die res in judicium deducta. Der Kläger drückt im Petitum aus, was er verlangt. Der Beklagte weiß, worauf er zu antworten hat. Dieser Formalismus ist eine der größten Wohlthaten unsers Zivilprozesses. Das Recht die „Reform“ zu erklären besteht nicht, wie im eidgen. Zivilprozeß (Art. 47 ff. cit). Freilich

ist nach dem Gesetze eine Verdeutlichung und die Nachbringung von Nebenpunkten (Zinsen, Kosten etc.) statthaft. Natürlich ist auch die Reduktion des Klagebegehrens zuläßig. Cf. ad § 291. — Laut der Weisung wurde in einem Prozesse Eigenthum geltend gemacht und an der gerichtlichen Verhandlung (im zweiten Vortrage) eventuell ein Wegrecht. Das Obergericht erklärte diese „Aenderung" der Klage als unzuläßig (Z. XIX. p. 356). Dagegen liegt in der Reduktion einer Darlehensklage in eine Anerkennungsklage, die eventuell erst vor Gericht gestellt wird, keine „Aenderung" des Rechtsbegehrens. Das eventuelle Petitum ist nur eine Abschwächung der Prinzipalklage und jenes beruht auf einer faktisch und rechtlich identischen Grundlage (Appellationskammer Schurter 27. Sept. 1881). Cf. endlich § 440. Es ist praktisch, sich anheischig zu machen, eine verbesserte Weisung nachzubringen. — Der § 318 Nr. 1 ist hauptsächlich zum Schutze der beklagten Partei aufgestellt und es ist daher ihre Sache, gegen eine nach Einreichung der Weisung versuchte Aenderung des Klagbegehrens Einsprache zu erheben, in der Meinung, daß, wenn dies nicht geschieht, angenommen werden muß, es sei die beklagte Partei mit der Klageänderung einverstanden, resp. wenn zwar vor erster Instanz protestirt, diese Protestation vor zweiter Instanz nicht mehr erneuert wurde, es werde an der Einsprache nicht mehr festgehalten (Appellationskammer 15. Juni 1880 Boßhardt).

Ad 2. Cf. §§ 219 und 227.

Ad 3. Die Res litigiosa darf nicht verändert werden. Damit ist aber nach unserm Rechte nicht gesagt, daß sie nicht verkauft werden dürfe.

Ad 4. Darin liegt eine Einschränkung des § 283. Darnach kann der Beklagte verlangen, daß dem Kläger in dem nämlichen Verfahren eine peremtorische Frist zur Wiedereinbringung der Klage angesetzt werde (cf. §§ 314 und 441 und R.-B. 1877, Nr. 56). Ein Zuwiderhandeln gegen § 318, Nr. 4 liegt dann nicht vor, wenn die Sistirung eines Prozesses nur bis zur Erledigung eines bereits vor der letzten Instanz verhandelten andern Prozesses beschlossen wurde. Ein Verstoß wäre nur dann vorhanden, wenn dieselbe in dem Sinne geschehen würde, daß es von dem Belieben des Klägers abhängen solle, wann der Prozeß wieder fortgeführt werden müsse.

Die Abschreibung einer Klage mit dem Vorbehalte des Klägers, sie im Falle einer ungünstigen Entscheidung der Administrativbehörden wieder einzureichen, widerstreitet dem § 318 Nr. 4 (R.-B. 1877, Nr. 55). Der Rückzug einer Klage zur Zeit kann indessen immerhin erfolgen, wenn Gegner gegen diese Erledigungsart nicht förmlich protestirt.

Abgesehen von den unter Nr. 1—4 aufgeführten Konsequenzen der Streithängigkeit ist zu bemerken, daß durch Einreichung der Weisung der Gerichtsstand fixirt wird, so weit dies nicht schon durch § 223 geschah. Würde der Prozeß auch bei einem andern Gerichte, das ebenfalls kompetent wäre, angebracht, so könnte hiergegen die Einrede der Litispendenz vorgebracht werden. Ueber die materiell-rechtlichen Konsequenzen der Klageerhebung cf. ad § 310.

§ 319. Der Kläger oder Widerkläger darf gleichzeitig und im nämlichen Verfahren mehrere Ansprüche gegen seinen Gegner geltend machen, vorausgesetzt, daß sie sich zur nämlichen Prozeßart eignen und der gleiche Gerichtsstand für dieselben begründet ist.

Der Richter kann indeß jederzeit Trennung verfügen, wenn durch zu große Häufung Verwirrung entstehen könnte.

Cf. §§ 219 und 227.

§ 320. Der Gerichtspräsident hat bei Anhängigmachung des Streites von Amteswegen die Zuständigkeit des angerufenen Richters, die Berechtigung und Befähigung der Parteien und ihrer Vertreter zur Prozeßführung, die Vollmachten der Letztern, die gehörige Einleitung des Streites und die Zulässigkeit der gewählten Prozeßart zu prüfen und zur Verbesserung allfälliger Mängel das Geeignete sofort anzuordnen.

Der diesfällige Entscheid kann ohne Anhörung der Parteien erlassen werden (cf. R.-B. 1878, Nr. 58).

§ 321. Nehmen auf Seite des Klägers oder des Beklagten mehrere Personen am Prozesse Theil und haben dieselben nicht bereits vor Friedensrichteramt einen gemeinschaftlichen Vertreter bestellt, so bezeichnet der Gerichtspräsident von sich aus einen der mehreren Kläger oder Beklagten als denjenigen, welchem bis zur Bezeichnung eines andern Bevollmächtigten alle Ladungen und Beschlüsse für die gesammte Partei zugestellt werden sollen und gibt hievon allen Betheiligten Kenntniß.

Cf. ad § 312 Nr. 1.

§ 322. Steht der Anhandnahme einer Klage Nichts im Wege, so erläßt der Gerichtspräsident sofort die Ladungen zur Hauptverhandlung oder ordnet in den Fällen, wo dies zulässig ist, von sich aus oder auf Begehren das schriftliche Vorverfahren an.

Cf. betreffend das schriftliche Vorverfahren §§ 487—496.

§ 323. In den Vorladungen zur Hauptverhandlung sind die Parteien auf die §§ 330, 332—334, 336 u. 337 aufmerksam zu machen.

Es bestehen diesfalls gedruckte Formulare cf. § 36 c. der obergerichtlichen Verordnung.

§ 324. Ergibt sich schon bei Anhängigmachung der Klage die Nothwendigkeit eines Augenscheines, so kann der Gerichtspräsident von sich aus oder auf Antrag die mündliche Verhandlung auf das Lokal verlegen (§§ 392 u. ff. und 481).

Durch diese Verlegung der Hauptverhandlung auf das Lokal werden auf rationelle Weise doppelte Termine vermieden.

§ 325. Haben sich die Parteien schon vor dem Friedensrichter auf die Beiziehung von Sachverständigen geeinigt, so werden dieselben zur Verhandlung ebenfalls vorgeladen (§ 397).

Cf. § 311.

§ 326. Zum Zwecke einer möglichst erschöpfenden Verhandlung über die Sache schon bei der ersten Tagfahrt kann der Gerichtspräsident anordnen, daß Urkunden, auf welche die Parteien sich berufen wollen, und mit Bezug auf welche die Editionspflicht nicht bestritten ist, einige Tage vor der Verhandlung in der Kanzlei aufgelegt werden.

Cf. § 300.

§ 327. Jede Partei ist berechtigt zu verlangen, daß ihre Gegenpartei, sofern sie im Kanton wohnt, zum Zwecke der Befragung persönlich zur Hauptverhandlung vorgeladen werde (§§ 349 u. ff. 353).

§ 328. Kann die Hauptverhandlung wegen ungerechtfertigten Ausbleibens einer Partei nicht stattfinden, so soll die zweite Vorladung an die säumige Partei in der Regel unter der Androhung erlassen werden, daß Ausbleiben des Klägers als Abstand von der Klage, Ausbleiben des Beklagten als Anerkennung des thatsächlichen Klagegrundes und Verzicht auf Einreden ausgelegt werde.

Richtigerweise hat der Kläger im ersten Termine beim Ausbleiben des Beklagten die Klage zu begründen. Wie ließe sich sonst eine „Anerkennung des thatsächlichen Klagegrundes", den das Gericht noch nicht kennt, androhen? Der thatsächliche Klagegrund darf beim Ausbleiben auf eine peremtorische Ladung nur insoweit als vom Beklagten anerkannt angenommen werden, als derselbe sich aus der Klagebegründung in Verbindung mit den Akten als thatsächlich richtig ergibt. Es kann also nicht ohne Weiteres das Rechtsbegehren selbst in seinem ganzen Umfange gutgeheißen werden. Darin läge eine Verletzung der §§ 286 und 433 (R.-B. 1876 p. 97).

Betreffend das Ausbleiben der Parteien vor zweiter Instanz cf. §§ 673 und 674.

C. Hauptverhandlung.

§ 329. Die Verhandlung der Parteien vor dem erkennenden Richter oder Gerichte ist mündlich. Sie bezweckt die erschöpfende Darstellung und Begründung des Streitverhältnisses behufs sofortiger Ausfällung des Erkenntnisses beziehungsweise Einleitung des Beweisverfahrens.

Cf. § 429. — Der ganze Rechtsstoff eines Prozesses — thatsächlicher und rechtlicher Natur — soll in einer einzigen Verhandlung konzentrirt werden (cf. §§ 333 und 336). Die Aufgabe ist in nur einigermaßen detaillirten Streitigkeiten außerordentlich schwierig. Sie setzt gewissenhafte und umfassende Präparation voraus. Der Anwalt hat in seiner Instruktion auch den scheinbar unbedeutendsten Punkt zu berühren und die Partei sollte es für ihre Pflicht ansehen, dem Anwalte nichts zu verheimlichen. Leider gehen die Parteien häufig zu spät zu den Anwälten und lassen die Streitfragen von Winkelagenten verkehrt redigiren, so daß der Prozeß von Anfang an in einem unrichtigen Geleise marschirt.

Legislativ wäre es entschieden rationell, wenn der Kläger gesetzlich gezwungen würde, mit der Weisung eine übersichtliche Klageschrift im Doppel und die Akten einzureichen. Die unbedingte Mündlichkeit hat große Schattenseiten (R.-B. 1851 p. 12 und 13 und 1856 p. 22).

Die zur Vorbereitung für den Richter und die Parteien sehr förderlichen „Referentenaudienzen" (cf. § 472) finden bei den Bezirksgerichten nur vor demjenigen des Bezirkes Zürich statt (cf. § 543).

Cf. Ritter Harras von Harrasowsky: Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung (Berlin 1875).

§ 330. Die Verhandlung soll in der Regel in einer Tagfahrt beendigt werden. Muß wegen Verschuldens einer

Partei eine zweite Tagfahrt angesetzt werden, so sind ihr sofort die dadurch verursachten besondern Kosten und eine Entschädigung an die Gegenpartei aufzulegen; überdies ist dieselbe mit Ordnungsbuße zu belegen und zu der Ergänzungsverhandlung in der Regel unter Androhung von Rechtsnachtheilen vorzuladen.

In denjenigen Fällen, in welchen voraussichtlich die Hauptverhandlung nicht in einem Termine erledigt werden kann, soll der Ausweg des schriftlichen Vorverfahrens eingeschlagen werden (cf. § 487 ff.).

In praxi ist freilich das schriftliche Verfahren deswegen nicht sehr beliebt und nicht empfehlenswerth, weil dadurch der Prozeß sehr verzögert wird. Ausnahmsweise hat daher auch die Praxis eine Ergänzungsverhandlung zugelassen, wenn es sich um wichtige und detaillirte Prozesse handelte. Dies geschieht offenbar mit Recht.

Handelt es sich in einem Prozesse wesentlich um Zahlenverhältnisse oder um verwickelte Rechnungsangelegenheiten, so ist es auch praktisch nach Anhörung der Klage oder der Klageantwort das schriftliche Verfahren (Replik und Duplik) anzuordnen.

Sind nur noch einzelne Erklärungen über eingelegte Aktenstücke oder über neue wesentliche Behauptungen der andern Partei vorbehalten worden, so ist dazu eine Fristansetzung zu schriftlicher Eingabe am geeignetsten.

§ 331. Zur mündlichen Ausführung im Hauptverfahren hat jede Partei zwei Vorträge, den ersten und dritten der Kläger, den zweiten und vierten der Beklagte.

Weitere Vorträge sind nur ausnahmsweise und aus zureichenden Gründen zu gestatten.

Der Kläger begründet die Klage. Jede wohlerwogene Klage beruht auf einer gedankenmäßigen Trilogie, nämlich auf
dem Obersatz = Rechtsgrund,
dem Untersatz = historischer Grund,
dem Schluß = Petitum.

Jede Klage stützt sich auf eine objektive Norm (positives Gesetz oder Gewohnheitsrecht). Dies ist der Rechtsgrund. Da der Staat von der Fiktion ausgeht, daß der Richter die Gesetze kenne, so ist es nicht absolut nothwendig, den Rechtsgrund ausdrücklich anzugeben. Zumal bei unserm Richterthum ist es aber von hoher Bedeutung, daß auch vom rechtlichen Standpunkt aus gleich von Anfang an die nöthigen Erörterungen gemacht werden. — Speziell ist noch hinzuzufügen:

a) auf Gewohnheitsrecht muß extra abgestellt werden (§ 288).
b) fremdes Recht ist eine res facti. Dabei ist allerdings der seltene Fall vorbehalten, daß der Richter davon „sichere Kenntniß" besitzt (§ 289).

Der historische Grund soll enthalten die Aufzählung der konkreten Umstände, welche das Petitum motiviren. Diese Ausführung soll auch bei uns „kurz, nervose und deutlich" sein. Die quæstio facti theilt sich in zwei Theile. Erstens handelt es sich darum das subjektive Recht festzustellen (Eigenthum, Servitut etc.). Dies ist das Fundamentum agendi generale. Gewöhnlich entspricht dem betreffenden Rechte ein technischer Name. Es ist wünschenswerth aber nicht nöthig ihn zu gebrauchen. Ein sorgfältig ausgearbeitetes Plädoyer wird auch den terminus technicus anführen. Die richtige wissenschaftliche Bezeichnung ist der Prüfstein für die gehörige Ausarbeitung der Sache. Sodann frägt es sich, wie ist das Recht entstanden? Dies ist das Fundamentum agendi speciale. In der Regel wird sich

daran noch die Behauptung der Rechtsverletzung anschließen. Indessen ist dies prinzipiell nicht nöthig (cf. die einleitenden Bemerkungen p. 71 ff.).

Das Petitum setzt sich zusammen aus dem Hauptgesuch (Kondemnation nach Maßgabe des gestellten Rechtsbegehrens cf. ad § 318.1) und dem Nebengesuch. Dieses letztere bezieht sich auf accessorische Punkte z. B. Zinsen, Kosten, Entschädigung, Kautionsfrage, Armenrecht u. s. w.

Praktisch macht sich die Sache allerdings so, daß die erörterten Theile der Klage in umgekehrter Reihenfolge behandelt werden.

1. Das Petitum.
2. Die Fakta.
3. Die rechtlichen Erörterungen.

Die Klageantwort kann verschieden ausfallen:

1. Der Beklagte erklärt sich mit dem Petitum der Klage einverstanden (Confessio in jure oder in judicio). Cf. § 441.
2. Der Beklagte erscheint nicht. Es wird eine negative Antwort fingirt (contumax negat). Diesfalls ist auf § 328 zu verweisen.
3. Der Beklagte antwortet und widerspricht. Dies ist der Normalfall. Der Beklagte kann
   a) den Rechtsgrund der Klage bestreiten. Dies ist die rechtliche Gegendeduktion. Sie besteht darin, daß der Beklagte den Rechtssatz bestreitet, auf den sich die Klage stützt.
   b) den historischen Grund bestreiten. Das Negiren der Fakta durch den Beklagten heißt negative Litiskontestation. Die bejahende Antwort auf die gegnerischerseits vorgebrachte Fakta heißt affirmative Litiskontestation. Wenn ein Theil der vom Gegner behaupteten Fakta anerkannt und ein Theil bestritten wird, so spricht man von einer gemischten Litiskontestation.
   c) selbständige Gründe zur Ablehnung des klägerischen Antrags vorbringen. Die Einreden sind selbständige Thatumstände, welche die Klage aufheben oder unwirksam machen, sei es für jetzt, sei es für immer. Die erstern Einreden nennt man dilatorische, die letztern peremtorische. Mit dem Ausdrucke „Einrede" wird darnach ein viel weiterer Sinn verknüpft als mit dem Worte „exceptio" des römischen Prozesses. — Die dilatorischen Einreden (z. B. das Vorhandensein eines pactum de non petendo) führen zur Abweisung „zur Zeit" mit Zulassung einer spätern und neuen Klage. Hieher ist auch die Abweisung „angebrachtermaßen" zu zählen. Z. B. wenn die Zivilgerichte angerufen werden, anstatt daß die Administrativbehörden zuerst eine Entscheidung treffen sollen (cf. ad § 295). Cf. ferner § 439.

Auch der Beklagte soll „kurz, nervose und deutlich" antworten.

Zufällige Bestandtheile der Klage können sein:

1. Die Klagenkumulation (§§ 240 und 243).
2. Die Antizipation der Beweise. Dieselbe ist in einfachen Prozessen und da, wo andere Beweise später absolut nicht mehr zum Vorschein kommen können, praktisch, — in allen andern Fällen nicht. Cf. § 474.

   In den Zivilprozessen vor dem Gerichtspräsidenten als Einzelrichter (§§ 460—468) besteht, wie im Konkursprozesse, die Pflicht, die Beweismittel an der Hauptverhandlung genau anzugeben. Ferner kann im schriftlichen Vorverfahren die Antizipation der Beweise erzwungen werden (cf. § 495). Die Spezialität in handelsgerichtlichen Prozessen vide in § 547.
3. Antizipation der Einreden. Dies ist absolut nicht rathsam. Man macht dadurch den Gegner unnöthigerweise auf Vertheidigungsmittel aufmerksam.

Ein zufälliger Bestandtheil der Klageantwort ist neben der Antizipation der Beweise (diesfalls gilt das eben Gesagte auch hier) die Erhebung einer Widerklage (§§ 219, 333.2 und 471). In diesem letztern Falle hat der Kläger drei Mal das Wort. Das erste Mal zur Eröffnung der Klage, das zweite Mal zur Antwort auf die Widerklage und für die Replik auf die Hauptklage und endlich noch zur Duplik auf die Widerklage.

Abgesehen von dem Falle der Widerklage sind jeder Partei zwei Vorträge gestattet. Ausnahmen (Triplik und Quadruplik) sind ganz selten gestattet. Die Triplik wird aber vom Beklagten z. B. dann provozirt, wenn er erst in der Duplik neue faktische oder neue rechtliche Behauptungen aufstellt.

Die Replik soll sich mit der Widerlegung der Klageantwort beschäftigen, sie soll den Beweis leisten oder wenigstens offeriren für die bestrittenen Fakta. Gegen die selbständigen Einreden des Beklagten kann eine weitere Einrede (Replica) vorgebracht werden.

Ebenso verhält es sich mit der Duplik. Sie soll die Gründe der Replik widerlegen.

Die Vorträge der Parteien sollen die Hauptgesichtspunkte scharf und klar hervorheben. Wiederholungen müssen vermieden werden. Man soll den Richter nicht ermüden.

Was die Anträge anbetrifft, so sollen sie klar und bestimmt gefaßt sein. Die Petita (der Klage und Widerklage) müssen in quali et quanto genau bezeichnet werden (cf. ad § 312). Hier ist auch auf Seuffert's Archiv XII. Nr. 199; XIII. Nr. 283; XIV. Nr. 269; XV. Nr. 215 zu verweisen. Cf. auch §§ 312.3 und 318.1.

§ 332. Die Einrede der Inkompetenz muß immer in der Hauptverhandlung und zwar in der Regel vor der Verhandlung über die Sache selbst vorgebracht, beziehungsweise wiederholt werden, widrigenfalls sie verwirkt ist.

Wird die Einrede verworfen, so ist sofortiger Rekurs zulässig und gilt nach fruchtlosem Ablaufe der Rekursfrist die Kompetenz als anerkannt. Gleichwohl ist diejenige Partei, welche sich zum Rekurse erklärt, zu sofortiger Verhandlung über die Sache selbst unter Androhung von Rechtsnachtheilen für den Fall der Verwerfung des Rekurses anzuhalten.

Eine besondere Stellung nimmt in unserm Prozeßsysteme die Einrede der Inkompetenz ein. Dies ist eine prozeßhindernde Einrede. Die vorbehaltlose Einlassung auf die Klage begründet ein forum prorogatum, — soweit dies durch das jus publicum nicht ausgeschlossen ist (cf. ad § 220 i. f.).

Der Entscheid über die Kompetenz ist durch Beschluß und nicht durch Urtheil zu geben. Dies war schon durch eine Verordnung vom 22. April 1834 festgestellt (cf. Ullmer's Zivilprozeß p. 34). Daran hat die spätere Prozeßgesetzgebung nichts geändert (cf. auch Z. IX. p. 379 und XIX. p. 343 und R.-B. 1877, Nr. 34 i. f.). Die Beschlussesform ist auch dann anzuwenden, wenn die Frage der Zuständigkeit verneint, also die Klage von der Hand gewiesen wird. Hat die erste Instanz aus Versehen ein Urtheil darüber erlassen, so ist doch davon abgesehen worden, das erstinstanzliche Urtheil aufzuheben und das Bezirksgericht zum Erlaß eines Beschlusses anzuhalten. Es steht nichts im Wege die Sache so zu behandeln, wie wenn das Bezirksgericht einen Beschluß erlassen hätte, namentlich auch wenn die Parteien andere Begehren nicht stellen.

Bei dem Beschlusse über die Kompetenz ist auch eine Rekursfrist anzusetzen. Spontan muß der Rekurs wohl nicht erhoben werden. Auch ist

ein förmlicher Protest nicht unumgänglich nöthig (Obergericht 24. Juni 1880 Streuli).

Es ist diskutabel, wie es sich verhalte, wenn ein erstinstanzliches Gericht einen förmlichen Entscheid über die bestrittene Kompetenz nicht faßt, dagegen Frist zur Beibringung der Vollmacht ansetzt und den Prozeß weiterführt: kann dann in appellatorio die Einrede der Inkompetenz noch einmal vorgebracht werden? (Z. XIX. p. 343.) Die Frage wurde hier direkt weder verneint noch bejaht. Ich würde sie bejahen. Die Frage der Kompetenz muß direkte und formell beantwortet werden.

§ 333. Die Parteien haben in der mündlichen Verhandlung ihre Anträge sowie alle erheblichen thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, auf welche sie dieselben stützen, möglichst speziell und bestimmt vorzutragen, die Beweismittel hiefür vorzulegen und, soweit dies nicht möglich ist, genau zu bezeichnen.

Eine allfällige Widerklage ist in der Regel mit der Antwort auf die Hauptklage zu verbinden und darf nach geschlossener Duplik nicht mehr zugelassen werden.

Cf. ad §§ 286 und 331. Was die Beweisfrage anbetrifft, so verlangt § 333 trotz seines kategorischen Inhalts durchaus nicht etwa eine Antizipation der Beweise (cf. § 336). Die bloße allgemeine Offerte, eine bestimmte Thatsache zu beweisen, ist im normalen Zivilprozesse prozessualisch zu hören. Die Modalität, wie dieser Beweis zu beschaffen sei, ist Sache der sog. Beweisinstanz. Dagegen ist es unzuläßig zu sagen: Zum Schlusse rufe ich die und die Personen als Zeugen an ohne genau hinzuzufügen, wofür sie produzirt werden oder im Vortrage bloß hinzuzufügen: „ich beantrage den Beweis". In sehr weitschichtigen Prozessen ist es wohl gestattet, durch eine clausula generalis den Beweis zu offeriren. Immerhin wird es nöthig sein, das Gericht ausdrücklich zu bitten, diese Clausel zuzulassen.

Dagegen ist scharf zu betonen: es muß von den Prozeßparteien klar und deutlich gesagt werden, welche faktische Behauptungen bewiesen werden wollen. Die Litiganten müssen auch sich zum Beweise förmlich offeriren. Es genügt also keineswegs zu sagen, daß „dafür der Beweis geleistet werden könne" u. dergl. Es soll mit andern Worten eine Erklärung vorliegen, woraus der Richter entnehmen muß, daß die Abnahme bestimmter Beweise von den Parteien beantragt und verlangt wird.

Selbständige Begehren der Beklagten auf Kondemnation des Klägers können nur in der Form der Widerklage gestellt werden. Einzig vorbehalten sind die Spezialitäten der Theilungsklage. Diese letztere ist eine actio duplex, d. h. jede Partei erscheint prozessualisch als Kläger (R.-B. 1880, Nr. 24). Werden an der Hauptverhandlung Widerklagen gestellt, die nicht Gegenstand der Sühnverhandlung waren, so kann das Gericht Beibringung einer Weisung verlangen (§ 471.2). Ist der Widerbeklagte nicht im Stande zu antworten, so sind dem Widerkläger überdies die Kosten einer Entschädigung an die andere Partei aufzulegen (§ 330).

§ 334. Im Fernern hat jede Partei speziell und bestimmt zu erklären, ob sie die Begehren, thatsächlichen Behauptungen und Beweismittel der andern Partei anerkenne und welche Gegenbeweise sie zu führen gedenke.

Thatsachen, welche nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden zu betrachten, wenn nicht aus den übrigen

Erklärungen der Partei sich der Wille der Bestreitung ergibt. Im Uebrigen ist ein bloß allgemeines Ableugnen unzulässig.

Cf. § 336. — Absatz 2 von § 334 ist außerordentlich wichtig. Wegen dieser Vorschrift geht manch' gutes Recht unter, wenn es nicht sorgfältigen Vertretern anvertraut wird, die im Stande sind den ganzen Prozeßstoff zu beherrschen und die sich die Mühe nehmen sich gehörig zu präpariren. Hier kann sich auch das Talent der Schlagfertigkeit manifestiren.

Auf Seite des Gerichtes hat der Gerichtsschreiber oder der Protokollführer überhaupt Gelegenheit zu beweisen, daß er rasch auffaßt und den Rechtsstoff bewältigt. Hier kommt die außerordentliche Bedeutung des Protokolles — die Basis des Prozesses — so recht zum Vorschein. Die Weglassung einer einzigen Bestreitung im Protokolle kann das beste Recht zum Falle bringen. Ich richte daher einen neuen Mahnruf an die Protokollführer, alle Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit auf die Anfertigung des Protokolls über die Hauptverhandlung zu verwenden. Ich ersuche sie eines nicht zu vergessen: Dieses Protokoll ist die einzige relevante Beurkundung über das an der Hauptverhandlung Gesagte und nicht Gesagte.

Im Protokolle über die Hauptverhandlung sind alle Urkunden, die von den Parteien eingelegt werden, im Protokollheft in der Reihenfolge der Vorlegung unter der betreffenden Nummer des Aktenverzeichnisses vorzumerken.

Die bloße Anführung einer Partei, sie wisse nicht, ob eine Behauptung des Gegners richtig sei oder nicht, enthält keine prozessualische Bestreitung.

Die Bestimmung des § 334 gilt selbstverständlich für alle Litiganten, seien sie verbeiständet oder nicht.

§ 335. Der Richter hat von Amteswegen über die genaue Beobachtung der §§ 333 u. 334 zu wachen und allfällige Unbestimmtheiten und Unvollständigkeiten sofort durch geeignete Fragen zu heben (§ 287).

Zeigt sich die Nothwendigkeit einer Aufklärung einzelner Punkte erst nach Entlassung der Parteien, so können dieselben ausnahmsweise auch zur Abgabe schriftlicher Erklärungen angehalten werden, sofern sich annehmen läßt, daß auf diesem Wege die Sache genügend aufgehellt werden könne.

Im Allgemeinen ist zu sagen, daß der geregelte Prozeßgang darunter leiden kann, wenn neben dem bestellten Anwalt die Partei selbst mit schriftlichen Eingaben sich an das Gericht wendet und soweit eine solche Störung eintritt oder zu befürchten ist, liegt es in der Aufgabe des Gerichts die zur Abhülfe geeigneten Maßnahmen zu treffen. Korrekterweise soll also der Anwalt allein Prozeßeingaben machen, wenn er sich z. B. Ergänzungen bei der Hauptverhandlung vorbehalten hat. Indessen ist es doch ausnahmsweise gestattet, daß ein Anwalt auch eine Erörterung der Partei direkt einreicht und in einem Begleitschreiben darauf hinweist und sie also zu der seinigen macht. In einem solchen Falle kann von einem die Thätigkeit des Anwalts durchkreuzenden Eingreifen der Partei und von einer daherigen Störung des geregelten Prozeßganges nicht die Rede sein. Dagegen dürfen die diesfälligen Ausführungen — weder die der Partei noch die des Anwaltes — den durch die vorbehaltene Ergänzung gestatteten Rahmen nicht überschreiten (Z. XXIII. p. 414). Soweit die Eingabe diese Grenze überschreitet und sich in Erörterungen einläßt, die schon Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, ist eine die Elimination bezweckende Maßnahme gerechtfertigt, sei es nun in der Weise, daß der Instruktionsrichter die betreffenden Stellen von sich aus als nicht in Betracht fallend kennzeichnet oder so, daß die Eingabe dem Anwalte zur Umarbeitung zurückgegeben wird.

Das in § 335 statuirte Fragerecht soll nicht ausarten in eine Verletzung der Verhandlungsmaxime (cf. ad § 287). Unsere Praxis geht hier zuweilen zu weit und sie verletzt dadurch jenes Prinzip. Die Inquisition ist verboten. Es ist erlaubt Prozesse auch schlecht zu führen. Uebrigens wird oft absichtlich auf gewisse Ausführungen keine Antwort gegeben. Findet der Richter, es werde von einer Partei ein Prozeß ganz schlecht geführt, so liegt die rationelle Remedur in der durch § 179 dem Richter eingeräumten Befugniß.

§ 336. Mit den bis zum Schlusse des letzten Vortrages in der Hauptverhandlung nicht vorgebrachten materiellen Gesuchen, thatsächlichen Behauptungen, Einreden und Bestreitungen ist die säumige Partei ausgeschlossen.

Aus §§ 329, 333, 334 und 336 ergibt es sich, daß unser Zivilprozeß der Eventualmaxime huldigt. Dies geschieht auch vom eidgenössischen Zivilprozeß (Art. 45). Jede Partei hat darnach alle Angriffs- und Vertheidigungsmittel zugleich und auf einmal vorzubringen, so daß in der Regel über alle neben einander verhandelt und abgeurtheilt wird. Die Angriffs- und Vertheidigungsmittel sind in omnem eventum vorzubringen. Dieses Prinzip gilt für die erste und zweite Instanz und nicht minder für das Beweisverfahren.

Ist das Prinzip praktisch? Es führt zuweilen zu unnöthigen Erörterungen. Allein es ist unzweifelhaft rationell. Die Chicane würde sonst ein ganzes Heer von Voreinreden bringen, bevor sie auf eine erschöpfende Behandlung eintreten würde: auf diese Weise könnte ein einziger Prozeß in eine Serie von verschiedenen Prozessen zerbröckeln.

Eine besondere Stellung nimmt die Einrede der Inkompetenz ein (cf. ad § 332).

Ausnahmsweise und in besonders hervorstechenden Fällen ist es statthaft über einen einzigen Standpunkt ein Urtheil zu verlangen (cf. § 444).

Zur Begründung einer eventuellen Forderung kann eine Partei mit einer Sachdarstellung, die mit der ihrer prinzipalen Forderung als Begründung vorausgeschickten im Widerspruch steht, nicht gehört werden (R.-B. 1875 p. 108, Nr. 4).

Selbstverständlich ist es gleichgültig, auf welchem rechtlichen Wege eine Partei ihre Einreden erworben hat, die sie der Klage gegenüberstellt. Ein Beklagter kann also z. B. am Tage vor der Hauptverhandlung noch eine illiquide Gegenforderung erwerben und zur Kompensation verstellen (Ob. G. Beschluß Mutter 23. Juni 1877).

§ 337. Eine Ausnahme von der Bestimmung des § 336 findet statt mit Hinsicht:

1. auf Begehren, die erst im Laufe des Prozesses veranlaßt werden;
2. auf Behauptungen, Bestreitungen, Einreden u. dgl., deren Richtigkeit sich ohne ein weiteres Beweisverfahren aus den Prozeßakten und Lokalverhältnissen ergibt;
3. auf Thatsachen, von denen die Partei nachweisen oder doch in hohem Grade wahrscheinlich machen kann, daß sie dieselben auch bei angemessener Thätigkeit nicht habe kennen oder anrufen können;
4. auf solche Einreden u. s. w., welche der Richter zur Vermeidung von Nichtigkeit von Amteswegen zu beachten hat.

Die in § 337 zitirten Ausnahmen kommen selten zur Anwendung. Als Norm ist der Satz festzuhalten, daß in der Hauptverhandlung der ganze Prozeßrechtsstoff konzentrirt werden soll. Es sind deswegen Eingaben, welche nach stattgefundener Hauptverhandlung gemacht werden wollen, nicht zuläßig (ausgenommen § 335.2).

Ad 1. Hieher gehören z. B. Begehren um Kautionsbestellung, um Litisdenunziation etc. — Cf. ad § 375.

Ad 2. Neue Rechtsstandpunkte, soweit sie sich auf das vorliegende Aktenmaterial stützen, können in allen Stadien des Prozesses (auch noch in appellatorio) angebracht werden. In diesem Falle hat aber die andere Partei natürlich das Recht, wieder selbständig darauf zu antworten.

Ad 3. Dies ist ein casus rarissimus. Wer in einen Prozeß verwickelt ist, muß deswegen von Anfang an die größte Sorgfalt und den umfassendsten Fleiß anwenden. Auch sind unsere Gerichte mit Recht nicht geneigt, nachträglich derartige Fakta, wie sie in Nr. 3 genauer bezeichnet sind, zu berücksichtigen. Werden ex post die in Ziffer 3 erwähnten Thatsachen zum Beweise verstellt, so ist natürlich zunächst zu untersuchen, ob dieselben relevant erscheinen und ob die Leistung des Beweises nach der Lage der Akten geeignet sei auf den Entscheid zu influenziren.

Ad 4. Hieher gehört z. B. die Behandlung eines Prozesses, für welchen ein anderes und exklusives Forum bestimmt ist, z. B. das forum rei sitæ. Cf. ferner ad § 221.

Cf. schließlich Z. XVIII. p. 215—217 und § 676.

D. Beweisverfahren.

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 338. Sind nach geschlossener Hauptverhandlung die Akten noch nicht spruchreif und läßt sich annehmen, daß durch die persönliche Befragung der Parteien über die einzelnen noch streitigen Thatsachen dieser Mangel gehoben werden könne, so ist dieselbe sofort vorzunehmen, insofern die zu befragende Partei anwesend ist.

Nach der Verhandlung beginnt die kritische Arbeit des Richters. Ist die Klage anerkannt, so wird die Angelegenheit als erledigt abgeschrieben. Wurden Einreden gestellt, die präjudizieller Natur sind, so macht sich das Gericht darüber schlüssig und leitet demgemäß das nöthige Verfahren ein.

Ist die Sache sofort spruchreif, so fällt das Gericht das Urtheil.

Ist ein Theil einer Forderung anerkannt, so kann er durch Beschluß mitten im Verfahren vollstreckungsfähig erklärt werden (§ 442).

Ist die Sache nicht spruchreif, so kann unter Umständen durch persönliche Befragung der Parteien der Prozeß vereinfacht werden (cf. § 349 ff.).

§ 339. Bleiben nach der persönlichen Befragung noch Thatsachen streitig, so ist ohne Verzug das Beweisverfahren anzuordnen, d. h. die Abnahme der bereits anerbotenen oder der erst noch aufzulegenden Beweise, zur Vorbereitung der Schlußverhandlung.

Ist der Prozeß trotz der persönlichen Befragung nicht spruchreif geworden, so stellt der Richter die streitigen und erheblichen Fragen zusammen und formirt daraus ein Beweisdekret. Dieses Dekret ist bei uns prozeßleitender Natur. Wir haben bei uns kein Beweisurtheil. Das Beweisdekret wird nicht mit Motiven versehen (§ 473). Dies wird vielfach als

Mangel empfunden. Eine ganz kurz skizzirte Begründung der Beweisdekrete wäre sehr nützlich sowohl für die Richter als für die Parteien. Eine Appellation oder ein Rekurs gegen die Beweisauflage ist nicht statthaft, schon wegen § 343 nicht.

Die Fassung des Beweisinterlokutes geschieht nach der Eventualmaxime. Es muß schriftlich insinuirt werden (§ 346). — Das Beweisthema ist klar und deutlich zu umschreiben. Das Gericht kann also nicht bloß Beweis auflegen für die Behauptungen einer Partei oder für die Beweissätze, „wie sie dieselben stellen will" (Z. VII. p. 197/8).

Für die Beweisinstanz besteht bei uns schriftliches Verfahren.

Cf. § 471 ff.

§ 340. Beweis darf nur auferlegt oder abgenommen werden über erhebliche streitige Thatsachen, den bestrittenen Inhalt fremder Gesetze, von welchem der Richter nicht ohnedies sichere Kenntniß hat und über den Inhalt lokaler Gewohnheitsrechte.

Das Beweisthema findet sich dadurch, daß der Richter die Untersätze seines künftigen Urtheils prüft (cf. § 473). Es muß sich handeln:

a) um Fakta. Gesetze kennt das Gericht resp. es soll sie kennen. Vorbehalten bleibt der Beweis:
   α) von Lokalgewohnheiten;
   β) von fremdem Rechte, von dem der Richter „nicht ohnedies sichere Kenntniß hat" (cf. § 289);
b) um bestrittene Fakta. Was anerkannt oder nicht bestritten wurde (cf. § 334), ist im Zivilprozesse wahr und nicht mehr zu beweisen.
c) um relevante Fakta. In einem Schadenersatzprozesse müssen z. B. die einzelnen Schadensmomente genau angegeben werden. Eine Beweisofferte, daß viel Wasser in den Keller eingedrungen sei, ist auch unter Anrufung von Expertise unerheblich (Ober-Ger. Krug 23. Jan. 1875). Die Beweisofferte, daß A mündlich Bürgschaft geleistet habe, ist unerheblich, weil die Bürgschaft an die schriftliche Form gebunden ist.

Ich verweise auf Langenbeck: Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Leipzig 1858, 1860 und 1861).

§ 341. Wird einer Partei der Beweis auferlegt, so steht der Gegenpartei der Gegenbeweis offen, welcher, soweit dies seiner Natur nach möglich ist, innerhalb der nämlichen Frist beigebracht werden soll.

Es ist dies eine sehr weitgehende Bestimmung. Darnach muß sich der Produkt innerhalb der ersten Beweisfrist und ohne die Hauptbeweisantretung zu kennen, darüber schlüssig machen, welche Gegenbeweise er bezeichnen will. Dies ist in vielen Fällen schwierig: dura lex sed lex.

Man unterscheidet darnach:

1. Hauptbeweis. Dies ist der Beweis, den die beweispflichtige Partei (Produzent) im Prozesse zu führen hat.
2. Gegenbeweis. Dies ist der Beweis, durch den der Produkt den Hauptbeweis entkräften kann. Dieser Gegenbeweis kann in doppelter Weise erbracht werden:
   a) durch den direkten:
      α) der Produkt beweist, daß das Faktum entgegengesetzt lautet als der Produzent behauptet,
      β) der Produkt beweist, daß die Zeugen des Produzenten nicht glaubwürdig sind;

b) durch den indirekten. Darunter versteht man den Beweis einer Einrede, die das Recht des Gegners aufhebt.

§ 342. Beweismittel, welche nicht erst angerufen, sondern wirklich zu den Akten erhoben sind, werden in dem Sinne zu gemeinschaftlichen, daß sie von jeder Partei gleichmäßig benutzt werden dürfen.

Zeugen jedoch, auf welche der Beweisführer wieder verzichtet, dürfen ohne seinen Willen nicht mehr abgehört werden, wenn nicht der Gegner sich ebenfalls auf sie berufen hat.

Betreffend Absatz 1. cf. § 418. — Absatz 2 des § 342 wird häufig von den Parteien übersehen.

§ 343. Der Richter ist an seine der Anordnung des Beweisverfahrens zu Grunde gelegte Auffassung nicht gebunden; er kann bis zum Erlaß des Erkenntnisses die Beibringung neuer oder anderer Beweise fordern, und die Beweislast der andern Partei auflegen. Eine diesfällige Abänderung ist aber mit Gründen zu belegen.

Das Gericht hat sich natürlich vor Erlassung des Beweisdekretes klare Rechenschaft über die sich daran knüpfenden Folgen zu geben. Das Beweisinterlokut fixirt diejenigen Bestandtheile des Rechtsverhältnisses, von denen die endliche Entscheidung desselben abhängt (cf. Plank: Die Lehre von dem Beweisurtheil Göttingen 1848, p. 242).

§ 344. Das Verfahren zur Vorbereitung der Schlußverhandlung ist schriftlich.

Cf. ad § 153.

§ 345. Wenn im Beweisverfahren die Befragung der Parteien beantragt wird und anzunehmen ist, daß hiedurch das ganze Beweisverfahren selbst überflüssig werde, so kann der Richter dasselbe unterbrechen und die Befragung anordnen. Sind alsdann die Akten spruchreif, so ist sofort zur Schlußverhandlung und Urtheilsfällung zu schreiten.

Cf. §§ 338 und 349 ff.

§ 346. Die Fristen im Beweisverfahren sind in der Regel zerstörlich anzusetzen, und soweit dies geschieht, sind den Parteien die diesfälligen Beschlüsse und Verfügungen schriftlich mitzutheilen.

Damit eine Verfügung, durch welche eine zerstörliche Frist angesetzt worden ist, als gültig eröffnet angesehen werden könne, ist erforderlich, daß sie protokollirt und dem Betreffenden gegen Empfangschein schriftlich mitgetheilt, oder daß, wenn bloß mündliche Eröffnung erfolgt, bei derselben speziell bemerkt und im Protokoll besonders notirt werde, daß trotz bloßer mündlicher Eröffnung der Androhung werde Folge gegeben werden, sofern die Frist fruchtlos ablaufe (R.-B. 1877, Nr. 10).

Cf. ad §§ 192 ff. 196 ff. 476 und 478.

§ 347. Muß für einzelne Handlungen im Beweisverfahren, z. B. Einvernahme von Zeugen, Augenschein, Erhebung eines Gutachtens, eine besondere Tagfahrt angeordnet werden,

so soll die betreffende Handlung wo möglich gleichwohl vor sich gehen, auch wenn eine oder beide Parteien an dieser Tagfahrt nicht erscheinen.

Der Richter hat aber in diesen Fällen immer darauf Rücksicht zu nehmen, daß die ausbleibende Partei nicht durch Außerachtlassen des bereits vorliegenden Akteninhaltes benachtheiligt werde.

§ 348. Dritte Personen (Zeugen, Sachverständige, Inhaber von Urkunden, §§ 371, 376, 403, 413, 415, 424 und 425), welche sich durch eine richterliche Verfügung in ihrem Rechte verletzt glauben, können gegen dieselbe auch in den Fällen, wo den Parteien selbst der Weiterzug nicht gestattet ist, Beschwerde bei dem zunächst übergeordneten Gerichte führen.

2. Befragung der Parteien.

§ 349. Zur Feststellung bestrittener, aber erheblicher thatsächlicher Verhältnisse kann jede Partei die persönliche Befragung der Gegenpartei verlangen. Ueberdem ist der Richter berechtigt, eine solche Befragung von Amteswegen anzuordnen.

Das Recht der persönlichen Befragung im Sinne des § 349 gilt nur für den Zivilprozeß.

Die persönliche Erklärung einer Prozeßpartei ist juristisch als ein Beweismittel speziell als eine Provokation zu Geständnissen zu qualifiziren. Die Deposition einer Partei darf nicht als eine offiziale Erkenntnißquelle bezeichnet werden: diese Rolle spielt sie bei uns ganz selten und nur ausnahmsweise (cf. § 335). Zu unterscheiden von der persönlichen Erklärung ist der Fall von § 538.

Eine Partei kann die persönliche Erklärung der Gegenpartei verlangen. Niemals kann aber der Kläger oder der Beklagte beantragen, daß er zu persönlichen Erklärungen zugelassen werde. Es gibt vereinzelte Stimmen, welche dies de lege ferenda wünschen. Die Einführung eines derartigen Rechtes wäre aber ein arger Mißgriff. Die Befugniß, vom Gegner persönliche Erklärungen zu verlangen, beruht auf der Hoffnung, daß derselbe bestimmte Thatsachen zugestehe. Realisirt sich diese Hoffnung, so ist das Geständniß als solches maßgebend. Unter diesen Umständen ist es nicht möglich von „der Beurtheilung der Glaubwürdigkeit des Parteiberichts" zu reden (Stooß Protokoll der XVIII. Versammlung des Juristenvereins p. 204) oder zu sagen, es könne dahin kommen, beweisrechtlich die Parteiaussage der Zeugenaussage gleichzustellen (Stooß l. c. p. 212).

Durch die Adoptirung einer Parteibefragung gemäß dem zitirten Referate Stooß würde nichts Anderes geschaffen als eine Sanktion des Inquisitionsprozesses. Es würde unter jenem Drapeau der Parteivernehmung die Wohlthat der Verhandlungsmaxime leichtfertig preisgegeben (cf. Wach Vorträge p. 162 ff.). Dadurch würde in der Praxis die traurigste Willkür entstehen. Eine solche Novität kann daher nicht scharf genug abgelehnt werden. Es ist die unreifste Frucht einer mir unverständlichen Rechtsnaivität: verkennt man so sehr die menschliche Natur, daß man glaubt, die Partei habe jenen unwiderstehlichen Drang gegen ihr Interesse zu deponiren? Aber man will auch den Eindruck, den die Aussage einer

Partei auf den Richter macht, prozeßrechtlich verwerthen. Auch davor will ich gewarnt haben. Der Eindruck ist etwas ganz Zufälliges, etwas ganz Unheimliches und etwas ganz Unkontrollirbares: Der Eindruck ist Willkür. Und wenn ich Richter wäre, würde ich mich mit einem besondern Panzer umgeben, um mich zu schützen vor dieser vermeintlichen Größe des „Eindrucks".

Die persönliche Erklärung soll nicht nach Belieben der andern Partei veranstaltet werden, sondern nur wenn es sich um bestrittene und relevante Fakta handelt. Kuriositätsfragen und andere Fragen, die nicht zum Prozesse gehören, sind auszuschließen. Ebenso ist es nicht statthaft, daß eine Partei Auskunft verlange über die Verhandlungen zwischen ihrer Gegenpartei und dem Vertreter.

§ 350. Das Begehren um persönliche Befragung kann vor und bei der Hauptverhandlung und im Beweisverfahren gestellt werden (§§ 327, 338 u. 345). Wird es erst in der Schlußverhandlung oder so kurze Zeit vor derselben vorgebracht, daß eine gehörige Vorladung des Gegners nicht mehr möglich ist, so ist demselben bloß Folge zu geben, sofern der Letztere zur Schlußverhandlung erscheint. Eine Verschiebung der Schlußverhandlung oder der Urtheilsfällung aus diesem Grunde ist nicht zulässig.

Da die persönliche Befragung ein Beweismittel der betreffenden Gegenpartei ist, muß sie sich beziehen auf rechtzeitig behauptete Fakta. Dieselben sind daher in der Hauptverhandlung (eventuell in den Schriftsätzen) anzubringen. Die persönliche Erklärung kann aber nicht blos dannzumal oder während der Beweisfrist, sondern auch noch vor oder an der Schlußverhandlung ja noch in appellatorio verlangt werden. Es ist dies ein Korrektiv gegen die Strenge des § 336 und den Rigor des peremtorischen Abschlusses der Beweisinstanz.

§ 351. Ist eine Partei handlungsunfähig, so ist ihr gesetzlicher Vertreter zu befragen; die handlungsunfähige Partei kann jedoch auch selbst abgehört werden, sofern dieselbe mündig ist und es sich um eine eigene Handlung oder Unterlassung derselben handelt.

Z. B. im Vaterschaftsprozesse kann offenbar nicht der Vormund, sondern die betreffende Partei allein Auskunft über die hier maßgebenden Fakta geben.

Das Recht der persönlichen Befragung kann da nicht zur Anwendung kommen, wo die Gefahr des Mißbrauchs geistiger Schwäche nahe liegt und diejenige Partei, welche die Erklärungen abgeben sollte, keine Einsicht in die Bedeutung der abzugebenden Erklärung besitzt (R.-B. 1874 p. 17, Nr. 3).

§ 352. Bei Korporationen kann durch Entscheid des erkennenden Richters, je nach den Verhältnissen des einzelnen Falles die Befragung einzelner Mitglieder der Vorsteherschaft oder einzelner Angestellter der Gesellschaft, oder auch schriftliche Beantwortung durch die zuständigen Gesellschaftsorgane angeordnet werden.

§ 353. Wird die Befragung auf Antrag einer Partei angeordnet, so hat auch diese, sofern sie im Kanton wohnt, in der Regel persönlich zu erscheinen, um nöthigen Falles befragt zu

werden. Ebenso sind zu einer von Amteswegen angeordneten Befragung regelmäßig beide Parteien persönlich vorzuladen.

Ausnahmen sind gestattet.

§ 354. Bleibt eine Partei ohne rechtmäßigen Hinderungsgrund aus, so ist sie unter Auflegung einer Ordnungsbuße in die verursachten Kosten und zur Entschädigung an die Gegenpartei zu verurtheilen, und es ist die zweite Vorladung unter der Androhung zu erlassen, daß die Thatsache, über welche die Befragung hätte stattfinden sollen, bei wiederholtem ungerechtfertigtem Ausbleiben als zugestanden angenommen werde.

§ 355. Ist eine Partei durch Krankheit oder Gebrechlichkeit verhindert, persönlich vor dem Richter zu erscheinen, so kann die Befragung derselben in ihrer Wohnung angeordnet werden. Zeigt sich alsdann, daß die Partei vor Gericht hätte erscheinen können, so ist die Befragung zwar vorzunehmen, die ungehorsame Partei aber in Ordnungsbuße und Kosten zu verfällen.

§ 356. Parteien, welche nicht im Kanton wohnen, kann der Richter entweder selbst befragen oder durch den Richter ihres Wohnortes befragen lassen.

In diesem Falle sind die Thatsachen, über welche die Einvernahme stattfinden soll, genau zu bezeichnen, und es ist das requirirte Gericht zu ersuchen, die Gegenpartei von der Tagfahrt rechtzeitig in Kenntniß zu setzen.

§ 357. Die Befragung wird durch den erkennenden Richter, beziehungsweise vor gesessenem Gerichte durch den Gerichtsvorstand, und über jede einzelne Frage besonders vorgenommen, nachdem die Parteien auf die Bestimmungen der §§ 361 und 362 aufmerksam gemacht worden sind.

Es ist dringend zu empfehlen, daß die Gerichtsvorstände die Parteien vor der Abgabe der persönlichen Erklärungen ernsthaft ermahnen. Schlechte Witze sind hier übel angebracht.

§ 358. Bei Beantwortung der an sie gerichteten Fragen dürfen sich die Parteien keiner schriftlichen Notizen bedienen. Vorbehalten bleiben die Fälle, in denen das Gericht behufs Angabe von Summen, Zeitverhältnissen u. dgl. eine Ausnahme gestattet.

§ 359. Zur Erklärung gegebener Antworten kann von der Gegenpartei und vom Rechtsbeistande der befragten Partei die Stellung geeigneter Ergänzungsfragen beantragt werden.

§ 360. Ueber die Fragen und Antworten wird sofort ein genaues Protokoll aufgenommen und den Parteien zum Zwecke der Anerkennung vorgelesen.

Für die Anfertigung des Protokolles ist es am rathsamsten sich genau an die Ausdrücke der Partei anzuschließen.

§ 361. Verweigert eine Partei die Antwort, so kann der Richter die Thatsachen, über welche die Einvernahme hätte stattfinden sollen, als zugestanden betrachten, und wenn es sich um Aufklärung einer zweideutigen Stelle oder eines dunkeln oder unbestimmten Rechtsbegehrens handelt, so ist er befugt, die der ungehorsamen Partei ungünstigere Auslegung anzunehmen.

§ 362. Eine Partei, welche in persönlicher Befragung Thatsachen trölerhaft ableugnet, ist, sofern die Handlung nicht unter die Bestimmungen des Strafgesetzbuches fällt, mit Ordnungsbuße zu belegen.

3. Geständniß.

§ 363. Ein nachgewiesenes außergerichtliches Geständniß, welches gegenüber der Gegenpartei oder einem Vertreter derselben in der Absicht eine von dieser behauptete Thatsache zuzugeben, erfolgt ist, hat die gleiche Wirkung wie eine vor Gericht abgegebene Erklärung.

Das Geständniß ist das Zugeben eines Faktums, das dem Gegner vortheilhaft und dem Zugestehenden nachtheilig ist. Die Erklärungen einer Partei über die Anwendung oder Nichtanwendung von Gesetzesbestimmungen, kurz gesagt die Rechtsdeduktionen einer Partei sind der Regel nach indifferent: dadurch wird der Richter der Pflicht nicht enthoben, die Gesetze nach ihrem Inhalte zu interpretiren. An solche rechtlichen Zugeständnisse ist eine Partei auch niemals gebunden: sie können revozirt werden. Anders freilich verhält es sich mit den Zugeständnissen über faktische Verhältnisse. Mit ihrer Abgabe sind sie irrevokabel.

Man unterscheidet:

1. das gerichtliche Geständniß. Es enthält das Einräumen einer Thatsache vor demjenigen Gerichte, welches den betreffenden Prozeß entscheidet, — sei es, daß das Geständniß in Folge einer Befragung oder ohne eine solche abgegeben worden sei.
2. das außergerichtliche Geständniß. Es ist dasjenige, welches nicht in dem betreffenden Prozesse, nicht vor dem kompetenten Richter und nicht dem Gegner gegenüber gemacht worden ist.

   Die Bedeutung eines solchen Geständnisses ist ganz dem Arbitrium judicis anheimgegeben. Im Allgemeinen muß betont werden: ein derartiges Geständniß beweist nichts, so wenig als Erklärungen vor Dritten Verträge hervorrufen zwischen dem Sprecher und einer abwesenden Person.

   Auch Erklärungen vor Gericht in einem andern Prozesse haben der Regel nach keine bindende Bedeutung, außer wenn sie gegenüber der betreffenden Partei abgegeben worden sind (Z. XIII. p. 402/3).

   Wenn das außer dem Gerichte gegenüber dem Gegner oder einem Vertreter desselben abgegebene Geständniß in der Absicht gethan worden ist, um eine Thatsache zuzugeben, dann hat es die gleiche Wirkung wie das gerichtliche (cf. auch Art. 105 des eidgen. Zivilprozeßgesetzes).

Wann dieser animus confitendi vorliegt, ist quæstio facti. Die Beantwortung dieser Frage ist überaus delikat und setzt die sorgfältigste Erwägung voraus.

Der Richter hat ein außergerichtliches Geständniß auch dann zu berücksichtigen, wenn damit nicht gerade der Wille, sich bei dem Eingeräumten behaften zu lassen, verbunden ist, wohl aber die Umstände darauf schließen lassen, daß der Gestehende die Wahrheit habe sagen wollen, in welchem Sinne sogar Gerichte sich ausgesprochen haben, die an strenge Beweisregeln gebunden sind (Seuffert's Archiv I. Nr. 145, XII. Nr. 104). Wenn indessen auch der Satz richtig wäre, daß ein nicht gegenüber der Gegenpartei gemachtes außergerichtliches Geständniß nur Werth habe, wenn die dasselbe begleitenden Umstände auf den Willen schließen lassen, mit rechtsgültigem Erfolge etwas zuzugestehen, so wäre es Verweigerung rechtlichen Gehörs, mit diesem Satze die Weigerung der Einvernahme der Zeugen zu begründen, weil der Schluß auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein jenes Willens erst nach Einvernahme der Zeugen gezogen werden kann. § 363 enthält die Bestimmung, daß ein nachgewiesenes außergerichtliches Geständniß, welches gegenüber der Gegenpartei oder einem Vertreter derselben in der Absicht, eine von dieser behauptete Thatsache zuzugeben, erfolgt sei, dieselbe Wirkung habe wie eine vor Gericht gegebene Erklärung. Das gegenüber der Gegenpartei, mit der Absicht etwas einzuräumen, abgelegte außergerichtliche Geständniß soll nach dieser Bestimmung von derselben Wirkung sein wie ein gerichtliches Geständniß, bei welchem es wegen der Absicht, der Gegenpartei etwas einzuräumen, nicht darauf ankommt, ob das Eingeräumte wahr sei oder nicht. Das in § 363 bezeichnete Geständniß, einmal erwiesen, soll also nicht die Bedeutung eines Beweismittels haben, sondern die Bedeutung einer Erklärung, wodurch eine Beweisführung überflüssig gemacht wird. Von demjenigen außergerichtlichen Geständnisse, welches nicht gegenüber der Gegenpartei abgelegt ist, aber, weil die dasselbe begleitenden Umstände auf dessen Glaubwürdigkeit schließen lassen, die Bedeutung eines Beweismittels haben kann, ist in der erwähnten Gesetzesbestimmung nichts enthalten (R.-B. 1880, Nr. 76).

Es hatte Jemand auf die Anfrage des heimatlichen Gemeindrathes, wie viel Vermögen seinem majorennen Stiefsohne aus dem Nachlasse seiner Eltern verblieben sei, die Erklärung abgegeben, es betrage noch so und so viel. Die Erben des Stiefsohnes stützten sich auf dieses außergerichtliche Geständniß, allein ohne Erfolg. Die Appellationskammer (3. Septbr. 1881 Wunderli) drückte sich dahin aus: Es fällt in Betracht, daß der Verstorbene damals handlungsfähig war und daß Beklagter dieselbe nicht den Klägern, sondern dem heimatlichen Gemeindrathe als Steuerbehörde gegenüber gethan hatte und zwar zum Behufe der künftigen Besteuerung des Vermögens. Es fehlen somit dieser Erklärung alle Erfordernisse, um ihr die Beweiskraft eines außergerichtlichen Geständnisses beilegen zu können.

Der Umstand, daß diese Erklärung einer öffentlichen Behörde abgegeben wurde, vermag hieran nichts zu ändern. Wenn man auch erwarten sollte, daß Bürger in ihren Angaben gegen die Behörden sich nur der Wahrheit bedienen, so ist es doch gerade in diesem Zweige des öffentlichen Lebens ein oft vorkommendes Ereigniß, daß die Angaben, welche die Besteuerung des Vermögens betreffen, wahrheitswidrig sind und daß Steuerpflichtige aus diesem oder jenem Grunde höher oder niedriger ihr Vermögen taxiren, resp. taxiren lassen, als das es in Wirklichkeit besteht. Bei diesen Angaben will sich der

Steuerpflichtige nur hinsichtlich seiner Besteuerung behaften lassen; es wäre aber zu weit gegangen, wollte man annehmen, der Steuerpflichtige habe sich damit auch gegenüber Dritten, z. B. gegenüber Erben, über den wirklichen Besitz des bezüglichen Vermögens rechtsverbindlich erklären wollen.

Nach der frühern Praxis wurden außergerichtliche Geständnisse, bei welchen sich nicht deutlich der Wille erkennen ließ, mit rechtsgültigem Erfolge Etwas anzuerkennen, immer als unerheblich betrachtet. Die diesfälligen Präjudizien sind in Z. XXIII. p. 416/7 zusammengestellt.

3. das qualifizirte Geständniß. Darunter werden diejenigen Fälle verstanden, in welchen der Gestehende dem Geständnisse eine Modifikation hinzufügt. Diesfalls ist namentlich die Frage über die Beweislast kontrovers. Nach der logisch richtigern Anschauung muß man sagen: **confessio qualificata dividi non potest.** (Cf. indessen B. XVIII. p. 461).

Ueber diesen Begriff cf. Pöschmann: Die Natur des sogen. qualifizirten Geständnisses (Leipzig 1863).

Cf. auch Art. 104.2 des eidgen. Zivilprozeßgesetzes und Zeitschrift für schweizerisches Recht VI. p. 110 und XV. p. 25.

4. Zeugen.

§ 364. Jede Partei hat die Personen, auf welche sie sich als Zeugen beruft, nach Namen, Stand und Wohnort möglichst genau zu bezeichnen und die Thatsachen, welche dieselben bezeugen sollen, so genau als möglich anzugeben.

Cf. § 643.

Es ist darnach unzuläßig Zeugen in folgender Form zu produziren:

a) die Angestellten (des Produzenten oder Produkten).

b) alle Zeugen, die Gegner anruft.

c) nöthigenfalls die ganze Bewohnerschaft einer Gemeinde.

d) städtische Polizeidiener, welche die betreffenden Rapporte erstattet haben u. s. w.

Die Parteien müssen sich die Mühe nehmen, die Zeugen genau zu bezeichnen. Die Praxis gewährt zwar häufig auch nach Ablauf der Beweisfrist noch eine besondere Frist, um die Angaben über die Zeugen „nach Namen, Stand und Wohnort" zu ergänzen. Indessen halte ich dies angesichts der §§ 346, 364 und 473 Nr. 3 für inkorrekt. Dagegen versteht es sich von selbst, daß eine besondere Frist eingeräumt werden muß, um den Aufenthaltsort anzugeben, wenn der Zeuge nach der Produktionsschrift seinen Wohnort ändert.

Zeuge ist im prozessualischen Sinne ein Dritter (also weder Partei noch Richter), der dem Richter Dasjenige mittheilt, was er mit eigenen Sinnen wahrgenommen hat, sei es mit Bezug auf eine als Rechtsakt in Frage liegende Thatsache, sei es über ein abgelegtes Geständniß u. dergl. Einzig im Vaterschaftsprozesse ist die Monstruosität eingeführt worden, daß die Klägerin neben ihrer Parteirolle auch „Zeugin" sein kann (§ 527).

§ 365. Mit Vorbehalt der im gegenwärtigen Gesetze bestimmten Ausnahmen sind alle Personen, welche von den Parteien als Zeugen angerufen werden, einzuvernehmen, und ist Jedermann zur Ablegung des Zeugnisses verpflichtet.

Alle von den Parteien über bestrittene und erhebliche Thatsachen angerufenen Zeugen sind einzuvernehmen, wenn sie wirklich über ein bestimmtes

Faktum sinnliche Wahrnehmungen gemacht haben und dafür rechtzeitig produzirt worden sind. Die Zeugen haben darnach nur über Fakta, die sie beobachteten oder über die sie ein Wissen haben, zu reden, nicht aber ihre Meinung oder ihr Urtheil abzugeben. Das Urtheilen ist allein Sache des Richters.

Es sind als Zeugen weder die intimsten Freunde noch die ärgsten Feinde, weder die Verbrecher noch die „Lumpen", noch überhaupt sonst Jemand ausgeschlossen. Einzig vorbehalten ist § 366. Auch der Cedent einer durch den Cessionar eingeklagten Forderung muß einvernommen werden und zwar der richtigeren Ansicht nach nicht blos auf Anrufen des debitor cessus, sondern auch wohl für Beweissätze des Cessionars. Die Glaubwürdigkeit einer Person kann nicht halbirt werden. Es bleibt dann lediglich dem Gerichte anheim gegeben, die Glaubwürdigkeit eines solchen Zeugen abzuwägen.

Dagegen sind Intervenienten und Litisdenunziaten und wohl auch die eigenen Parteivertreter einer Partei auf das Begehren der letztern nicht als Zeugen abzuhören. Höchstens ließe es sich denken, daß eine Partei auf die Deposition ihres gegnerischen Vertreters abstellen könnte. Der eigene Client desjenigen Anwaltes, der von der Gegenpartei als Zeuge angerufen wird, hat kaum eine zureichende Veranlassung, hiergegen Einrede zu erheben (R.-B. des Obergerichtes Thurgau 1880 p. 34). Was die Litisdenunciaten anbetrifft, so ließe sich der Fall denken, daß eine Partei einem Dritten Streit verkünden würde, ohne irgend einen vernünftigen Grund zu haben, außer um denselben als Zeugen zu beseitigen. Einer solchen Taktik könnte und müßte natürlich der Riegel dadurch gestoßen werden, daß der Betreffende doch einvernommen würde.

Der Grundsatz der allgemeinen Zeugnißfähigkeit ist verfehlt, — jedenfalls paßt er für unsere Verhältnisse nicht. Er setzt gänzlich unabhängige und den Parteien absolut fernstehende Richter voraus. Jedenfalls ist es dringend nöthig, daß die Richter unter diesem Rechtszustande mit besonderem Scharfsinne ausgerüstet sein müssen, um genau zu erkennen, welchen Zeugen Glaube beigemessen werden solle. — Das eidgenössische Zivilprozeßgesetz (Art. 132) schließt neben den nächsten Verwandten auch die kriminell Beurtheilten von der Zeugnißfähigkeit aus.

Auch Einzelzeugen sind nach unserm Rechte einzuvernehmen. Der Satz: testis unus testis nullus gilt bei uns nicht. Das Obergericht drückt sich diesfalls (R.-B. 1877 Nr. 33) dahin aus:

Die Abhörung auch eines Einzelzeugen darf nicht abgelehnt werden, falls die Beweissätze, welche er erhärten soll, erheblich sind. Unter dieser Voraussetzung hat vielmehr die betreffende Partei gemäß § 365 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege ein Recht darauf, die Abhörung zu fordern. Hiefür läßt sich anführen, daß in der Regel nicht unbedingt voraus gesagt zu werden vermag, daß, mögen die Aussagen eines Zeugen so oder anders ausfallen, darauf Nichts ankommen könnte. Vielmehr wird der Richter meistens erst nach Abhörung des Zeugen und nachdem allfällig die Gegenpartei zu Erklärungen über einzelne Thatsachen, die der Zeuge angegeben hat, veranlaßt worden ist, genau erwägen können, ob und welches Gewicht den Aussagen desselben beizulegen sei.

Unter Umständen kann von der Abhörung der für erhebliche Thatsachen angerufenen Zeugen Umgang genommen werden. Indessen wird dies selten zulässig sein. Es geschieht dies z. B., sofern sich ergibt, daß wenn auch die Zeugen die Thatsache, wofür sie angerufen wurden, bestätigen sollten, doch ihren Aussagen mit Rücksicht darauf, daß sie Angestellte des Produzenten sind und in Sachen gehandelt haben, nicht die erforderliche Unbefangenheit, beziehungsweise nicht eine solche Bedeutung beigelegt werden könnte, daß dadurch das Gewicht der für die gegen-

theilige Annahme sprechenden Momente irgend beeinträchtigt zu werden vermöchte. (R.-B. 1876 Nr. 62).

§ 366. Als Zeugen dürfen nicht abgehört werden: die Verwandten (Bluts-, Adoptiv- und Stiefverwandten) und Verschwägerten des Beweisführers in auf- und absteigender Linie, seine Brüder und Schwestern, sein Ehegatte, seine Schwäger und Schwägerinnen.

Wenn aber in besondern Fällen das Gericht die Abhörung solcher Personen zur Aufklärung nöthig erachtet, so können dieselben einvernommen und deren Aussagen mit der nöthigen Vorsicht berücksichtigt werden.

Die Liste der nicht abzuhörenden Zeugen ist viel zu gering. Die allgemeine Zulassung der Zeugen beruht in meinen Augen auf einer Verkennung der menschlichen Natur. Nur die jetzt bei der Beurtheilung der Menschen vorwiegende Richtung einer Art von gutmüthigem und naivem Idealismus — ein Produkt der „reinen" Demokratie — kann annehmen, daß alle Leute einen außerordentlichen und heiligen Drang besitzen, die Wahrheit zu deponiren, wenn sie sich auf den Zeugenstuhl setzen. Die allgemeine Zeugnißfähigkeit wird in der Praxis häufig so aufgefaßt, als ob jedem Zeugen der gleiche Glaube beizumessen sei. Dies ist ganz unrichtig (cf. ad § 388).

Von der Fakultät des § 366.2 würde ich als Richter nie Gebrauch machen, weil ich so nahe Verwandte nicht in Versuchung führen möchte, die Unwahrheit zu sagen.

§ 367. Die Vorschrift des § 366 findet keine Anwendung bei Klagen aus Verlöbniß, im Ehescheidungs- und Vaterschaftsprozesse und in den in § 536 bezeichneten Prozessen.

§ 368. Die Ablegung eines Zeugnisses können verweigern:

1. die Verwandten (Bluts-, Adoptiv- und Stiefverwandten) und Verschwägerten beider Parteien in auf- und absteigender Linie; ihre Brüder und Schwestern, ihre Schwäger und Schwägerinnen;
2. die Ehegatten der Parteien, und gesetzlich geschiedene Ehegatten, sofern sich das Zeugniß auf die Zeit vor der Scheidung bezieht;
3. Personen, die zu ihrer eigenen Schande oder zu ihrem unmittelbaren Nachtheile aussagen müßten;
4. Geistliche, Aerzte und Anwälte, mit Bezug auf Geheimnisse, die ihnen um ihrer amtlichen oder Berufsstellung willen anvertraut worden sind; auch dürfen Beamte nicht zur Mittheilung von Thatsachen angehalten werden, mit Bezug auf welche sie zur Bewahrung des Amtsgeheimnisses verpflichtet sind.

Ad 4. Cf. B. II. p. 270. XVI. p. 472. Dieses Recht ist im Interesse des Geistlichen, Arztes und Anwaltes und nicht minder in demjenigen des Dritten anerkannt. Cf. auch § 862. Als solche Geheimnisse sind nach einem obergerichtlichen Entscheid (R.-B. 1859 p. 24) diejenigen Wahrneh-

mungen und Beobachtungen eines Arztes (oder Anwaltes oder Geistlichen) nicht anzusehen, welche entweder jeder Dritte so gut wie er hätte machen können, oder welche der Arzt (oder Anwalt oder Geistliche) zwar dieser seiner Stellung verdankt, für deren Geheimhaltung aber ein wesentliches Interesse des Behandelten oder seines Nächsten sich gar nicht annehmen läßt, also z. B. die bloße Konstatirung des Daseins einer Krankheit, vorausgesetzt, daß letztere nicht etwa um ihrer besonderen Natur willen nachtheilig auf den guten Ruf des Behandelten einwirke, seine Familienverhältnisse stören könne u. dgl. u. bezügl. welcher daher angenommen werden muß, daß nicht nur ihr Geheimhalten in seinem Wunsche liege, sondern daß er auch dem Arzte oder Anwalte oder Geistlichen gegenüber gerechten Anspruch auf Verschwiegenheit habe.

§ 369. Das Zeugniß ist in der Regel mündlich vor dem urtheilenden Richter abzulegen.

Schriftliches Zeugniß ist nur zulässig:

1. sofern aus der schriftlichen Erklärung hervorgeht, daß sie mit dem Bewußtsein, es handle sich um eine vor Gericht zu erhärtende Thatsache, ausgestellt worden ist, und
2. wenn sich das mündliche Zeugniß auf ein amtliches Protokoll oder auf eine anerkannt regelmäßige Buchführung stützen müßte, oder wenn Thatsachen in Frage stehen, welche nach herrschender Sitte vorzukommen pflegen, wie z. B. die Beschenkung von Pathenkindern, periodische Schenkungen unter Verwandten, Beschenkungen an Hochzeiten u. s. w.

Im ordentlichen Prozesse muß prinzipiell betont werden, daß die als Zeugen angerufenen Personen vor dem Richter einvernommen werden, nachdem sie unter Aufrechthaltung der Formen und der gerichtlichen Würde ernsthaft ermahnt worden sind, die Wahrheit zu sagen. Schriftliche Zeugnisse sind mit Mißtrauen anzusehen (cf. Art. 109 des eidgenössischen Zivilprozesses). Es ist dringend wünschenswerth, daß bei der Einvernehmung der Zeugen eine gewisse Solemnität angewendet wird, um dieselben zur Wahrheit zu stimuliren. Dazu bedarf es freilich eines Präsidenten, der auf seine eigene Würde etwas hält. Ein Präsident, der sich z. B. in den Zeitungen sagen lassen muß, daß er des „Niedrigsten und Gemeinsten" fähig sei, paßt schlecht zu jener Rolle.

Eine Abweichung des summarischen Prozesses bezüglich des Erfordernisses mündlicher Einvernehmung cf. § 553.3.

Bezüglich der Zeugnisse über die Beschenkung von Pathenkindern cf. Z. XVI. p. 396 und betreffend die von Gemeindammannämtern im Rechtstriebe ausgestellten Atteste meine Abhandlung in der Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege V. p. 124/5.

§ 370. Die Zeugen sind in der Regel in der Schlußverhandlung und zwar wo möglich in ununterbrochener Sitzung einzuvernehmen.

Erscheint für das Verständniß der Zeugenaussagen die Vorzeigung eines Lokales oder von Gegenständen nothwendig, welche nicht wohl in das Sitzungslokal gebracht werden können, so ist die Einvernahme der Zeugen an Ort und Stelle anzuordnen.

Natürlich sollte der Staat auch dafür sorgen, daß eine Kontrole stattfände über allfällige Besprechungen der entlassenen Zeugen mit solchen, die noch nicht einvernommen sind. Zu diesem Zwecke sollte das Präsidium immer über einen Polizeisoldaten verfügen können. Leider hat man dafür bei uns kein Verständniß.

§ 371. Ist ein Zeuge durch Krankheit oder Gebrechlichkeit verhindert, persönlich vor dem Richter zu erscheinen, so kann die Einvernahme desselben in seiner Wohnung angeordnet werden. Ergibt sich aber dabei, daß er füglich hätte erscheinen können, so ist er in Ordnungsbuße und in die Kosten zu verfällen.

§ 372. Zeugen, welche in einem andern Gerichtskreise wohnen, sollen in der Regel außer dem Kanton wohnende Zeugen wenigstens dann vor dem erkennenden Richter abgehört werden, wenn ihre Aussagen von ganz besonderem Gewichte für den Prozeß sind.

In einem so kleinen Rechtsterritorium, wie unser Kanton ist, sollten richtigerweise alle Zeugen, welche im Kantone wohnen, vor dem erkennenden Richter einvernommen werden.

Was die außer dem Kantone domizilirten Zeugen anbetrifft, so gibt § 372 die Regel an, die man häufig nicht beachtet. Dadurch entstehen oft eigenthümliche Komplikationen in der Schweiz. Die Einvernehmung der Zeugen richtet sich nach den Gesetzen des Ortes, wo dieselbe stattfindet (Archiv für zivilistische Praxis 64. p. 54). Einzelne Kantone verlangen zur Zeugenabhörung bestimmt artikulirte Sätze, die den Zeugen vorgelegt werden. In einzelnen Kantonen besteht der Zeugeneid. In andern steht es den Parteien nicht zu, der Abhörung beizuwohnen u. s. w. Durch alle diese Partikularitäten werden die Berechtigungen der Prozeßparteien unnöthig verkümmert.

§ 373. Wenn ein außer dem Kanton wohnender Zeuge sich weigert, vor dem hiesigen Richter zu erscheinen, oder wenn ihm das sonst nicht wohl zugemuthet werden kann, ebenso wenn durch die Abhörung eines Zeugen vor einem andern Richter den Parteien erhebliche Kosten erspart werden können, soll die Einvernahme dem zuständigen Richter des Wohnortes übertragen werden.

Zu diesem Zwecke sind in dem Ersuchschreiben alle erheblichen Thatsachen, über welche der Zeuge befragt werden soll, genau anzuführen, mit dem Gesuche, die anzusetzende Tagfahrt so rechtzeitig einzuberichten, daß die Parteien zu derselben vorgeladen werden können.

Cf. ad § 371. Die bloße Thatsache, daß ein angerufener Zeuge sich auswärts befindet oder z. B. nach Amerika oder Australien ausgewandert ist, genügt keineswegs, die Vernehmung zu verweigern (Seuffert's Archiv XX. Nr. 83).

§ 374. Dringliche Fälle ausgenommen ist ein Zeuge wenigstens acht Tage vor der betreffenden Tagfahrt unter Mittheilung des Inhalts der beiden folgenden Paragraphen vorzuladen.

§ 375. Ist ein Zeuge durch Krankheit oder Gebrechlichkeit am Erscheinen verhindert, so hat er sofort dem Richter beziehungsweise dem Gerichtsvorstande unter Beilegung eines ärztlichen Zeugnisses Anzeige zu machen.

Stirbt ein Zeuge oder sterben mehrere Zeugen, ist es dann statthaft an ihrer Stelle nach Ablauf der Beweisfrist oder der Einvernehmung andere Personen anzugeben? Nein. Die neuen Zeugen konnten schon während der Beweisfrist angerufen werden. Wurde dies aus irgend einem Grunde unterlassen, so geschah dies auf die Gefahr der betreffenden Partei. Es geht nicht an, daß der Produzent, wenn ihm ein Beweismittel bis zur Beweisverhandlung entgeht, berechtigt sei, dieses Beweismittel durch neue zu substituiren. Dadurch würden die prozessualischen Rechte der Gegenpartei beeinträchtigt. Die Voraussetzungen, unter denen die Anwendung des § 337 Z. 1. und 3. statthaft ist, treffen hier nicht zu. Hiezu kommt, daß wenn rechtzeitig das Gesuch um Einvernahme der betreffenden Zeugen im Sinne des § 643 der Zivilprozeßordnung gestellt worden, dieselbe wohl noch möglich gewesen wäre (Urtheil der Appellationskammer Villiger 26. Februar 1881).

§ 376. Ein Zeuge, welcher ohne rechtmäßige Entschuldigung einer gehörig erlassenen Ladung keine Folge leistet oder ohne gesetzlichen Grund die Ablegung des Zeugnisses verweigert (§ 368), ist in Ordnungsbuße und in alle durch ihn verschuldeten Kosten zu verurtheilen.

Bei fortgesetztem Ungehorsam wird der Zeuge dem Beweisführer für den Schaden verantwortlich, den seine Weigerung verursacht hat, und es ist bei Ausmittlung desselben zu vermuthen, daß das Zeugniß günstig für den Beweisführer gelautet hätte.

§ 377. Vor der Einvernahme werden die sämmtlichen Zeugen in Gegenwart der Parteien durch den Richter aufgerufen und unter Hinweis auf die Folgen des falschen Zeugnisses an ihre Pflicht ermahnt, die volle und ganze Wahrheit zu sagen.

Cf. über die Ermahnung ad § 80 und 369. Hommel hatte s. Z. (Rhapsod. jur. Observ. 277 Nr. 3) über die Zeugen die melancholische Bemerkung gemacht: Testes fere omnes mentiuntur atque incuria aut negligentia fallunt. Jedenfalls sind die Aussagen der Zeugen je nach ihrer Stellung zu würdigen.

§ 378. Die Zeugen sind in der vom Beweisführer zu bezeichnenden Reihenfolge einzeln, im Abstande der übrigen noch nicht abgehörten Zeugen, einzuvernehmen und dürfen in der Regel vor Beendigung des ganzen Verfahrens nicht entlassen werden.

Cf. ad § 370.

§ 379. Zeugen, welche nach § 368 die Ablegung eines Zeugnisses verweigern können, sind auf dieses Recht ausdrücklich aufmerksam zu machen.

Ist das unterlassen worden, so darf ein solcher Zeuge seine Aussagen jederzeit widerrufen. Dieselben sind alsdann als nicht vorhanden zu betrachten.

Cf. § 863.

§ 380. Der Zeuge wird befragt:

1. über Namen, Wohnort, Beruf und Alter;
2. über seine persönlichen Verhältnisse zu den Parteien, sowie über andere Umstände, welche auf seine Glaubwürdigkeit Einfluß ausüben können;
3. über die Sache selbst.

§ 381. Wird die Glaubwürdigkeit eines Zeugen erst bei dessen Einvernahme angefochten und kann der Grund der Einsprache nicht durch sofortige Befragung des Zeugen gehoben werden, so darf dem Einsprecher eine Frist zur Beibringung von Beweismitteln für seine Ausstellungsgründe nur dann noch angesetzt werden, wenn er die Verspätung genügend zu entschuldigen vermag und das Zeugniß für den Entscheid von Bedeutung ist.

§ 382. Bei der Vernehmung über die Sache selbst ist der Zeuge zuerst zur Angabe der den Gegenstand des Zeugnisses bildenden Thatsachen und sodann nöthigenfalls zur Ergänzung derselben und zur Hebung von allfälligen Dunkelheiten und Widersprüchen zu veranlassen. Insbesondere ist er anzuhalten, den Grund seines Wissens anzugeben.

Die Fragen müssen sich genau an die Beweissätze halten. Die Praxis vergißt dies oft mit Unrecht. Durch die Nichtbeobachtung jenes Satzes wird die andere Partei schwer geschädigt, indem sie im Stadium der Zeugeneinvernehmung keine durch den Beweissatz nicht provozirte Gegenbeweise mehr nachbringen kann.

§ 383. Fragen, durch welche dem Zeugen Thatumstände vorgehalten werden, die erst durch seine Aussagen festgestellt werden sollen, sind möglichst zu vermeiden. Verfängliche Fragen sind untersagt.

§ 384. Zur Aufklärung von Widersprüchen können die Zeugen einander gegenüber gestellt und von Neuem abgehört werden, so oft dies durch eine vorhergegangene Einvernahme als nothwendig erscheint.

Cf. 677.3.

§ 385. Der Richter überwacht die Einvernahmen der Zeugen und schützt dieselben vor Ungebühr.

Parteien und Anwälte, welche die Zeugen unterbrechen, oder sich gegen dieselben auf unschickliche Weise benehmen oder beharrlich ordnungswidrige Fragen stellen, können mit Ordnungsbuße belegt werden.

Die Einvernehmung von Zeugen erfolgt, wenn die betreffende Partei durch einen „Rechtskundigen" vertreten ist, durch diesen, wenn kein solcher da ist, durch den Gerichtsvorstand (§§ 482 und 483).

Cf. indessen § 466.3 und 530.

§ 386. Ist ein Zeuge der Gerichtssprache nicht kundig, so wird ein Dolmetscher zugezogen, der auch als Protokollführer verwendet werden kann.

Ist der Zeuge taub, so werden ihm die Fragen schriftlich vorgelegt, und ist er stumm, so wird er aufgefordert schriftlich zu antworten. Wenn die eine oder andere Art der Vernehmung nicht möglich ist, so ist Jemand als Dolmetscher zuzuziehen, welcher der Zeichensprache des Zeugen kundig ist.

§ 387. Der wesentliche Inhalt der Zeugenaussagen wird sofort zu Protokoll genommen und dem Zeugen zum Zwecke der Anerkennung vorgelesen.

Wenn Zeugen in ihren mündlichen Aussagen Bezug nehmen auf schriftliche Beurkundungen, welche sich im Besitze einer Prozeßpartei befinden, so kann die Produktion derselben bei der Zeugeneinvernehmung nicht mehr stattfinden, wenn darauf während der Beweisfrist oder vorher nicht Bezug genommen wurde. Es ist einzig § 337 Nr. 3 vorbehalten.

§ 388. Der Richter beurtheilt die Glaubwürdigkeit der Zeugen und ihre Aussagen nach freiem Ermessen.

Im Allgemeinen möchte ich betonen: es ist den Zeugen Glauben zu schenken, wenn nichts erkennbar dafür vorliegt, daß sie ein Interesse haben zu lügen.

Als die Glaubwürdigkeit abschwächend sind verschiedene Thatsachen zu berücksichtigen, z. B.

a) Verwandtschaft.
b) Feindschaft oder Freundschaft.
c) ein schlechter Leumund.
d) Bestrafungen.
e) Ausbruch des Konkurses: ein Lump hat nichts zu verlieren.
f) wenn es sich ergibt, daß eine Partei dem Zeugen wiederholt nachgelaufen ist.
g) ein Anstellungsverhältniß mit dem Produzenten.
h) wenn ein Zeuge sich „geparteiet" hat.
i) wenn der Zeuge ein Interesse am Ausgange des Prozesses hat.
k) unter Umständen auch die Thatsache, daß vorher schriftliche Zeugnisse ertheilt wurden.

Ausnahmsweise ist indessen die Erhebung derselben rathsam, wenn es sich nicht um eine einzelne Wahrnehmung handelt, sondern z. B. um vielfach fortgesetzte Schädigungen. Hier muß für die Zeugen eine relevante Handhabe geschaffen werden.

Natürlich ist überhaupt die Glaubwürdigkeit der Zeugen — wie ich immer wieder hervorheben muß — eine sehr verschiedenartige. In der Regel wird man sagen können: Die übereinstimmende Aussage zweier unbescholtener Personen, die den Prozeßparteien interesselos gegenüber stehen, schafft einen genügenden Beweis. Unter Umständen genügt auch ein unbescholtener und nicht suspekter Zeuge dieser Art. Vollgültige unanfechtbare und unverdächtige Zeugen nennt man klassische.

Auf Grund des § 388 ist es keineswegs statthaft, Zeugenbeweise deswegen abzuschneiden, weil es dem Richter unwahrscheinlich erscheint, daß

der Beweis geleistet werden könne (Appellationskammer Ganz und Müller 1. Oktober 1881). Auch das Reichsgericht führt dies (in Civilsachen IV. p. 377/78) aus:

Die Wahrscheinlichkeit eines erfolglosen Ausfalles der beantragten Vernehmung kann nicht zur Ablehnung derselben berechtigen, denn auch die größte Wahrscheinlichkeit läßt immer noch irgend eine Möglichkeit des Gegentheils bestehen und da der Richter sich darüber, ob ein Zeuge Sachdienliches auszusagen vermag, durch die Vernehmung desselben volle Gewißheit verschaffen kann, so kann von dem Vorhandensein einer dies verneinenden Ueberzeugung des Richters so lange nicht die Rede sein, als nicht jede Möglichkeit des Gegentheils schon anderweitig ausgeschlossen erscheint. Der Richter kommt freilich bei der Prüfung von Beweisergebnissen nicht selten in die Lage, einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit als Gewißheit gelten lassen zu müssen, allein die Berechtigung hierzu kann immer nur daraus entnommen werden, daß alle behufs Ermittlung der Wahrheit ihm zu Gebote stehenden Mittel erschöpft sind.

Dagegen ist der Zeugenbeweis dann nicht abzunehmen, wenn es sich von Anfang an ergibt, daß die Zeugen über den betreffenden Thatbestand u. s. w. keine sinnlichen Beobachtungen gemacht haben können, z. B. wo es sich um rein technische Fragen handelt, welche Leute des täglichen Lebens nicht wahrnehmen können.

§ 389. Ergibt sich gegründeter Verdacht, daß ein Zeuge die Wahrheit verheimlicht oder falsches Zeugniß abgelegt habe, so sind die Akten der zuständigen Anklagebehörde zu weiterer Verfügung zuzustellen und der Zeuge nöthigenfalls zu verhaften.

Es ist zuweilen in kleinen Verhältnissen unendlich schwierig, die Zeugen zu veranlassen, die Wahrheit zu deponiren. Es gibt Leute, die sagen: „wir können uns dieser Sache nicht annehmen", oder „es schickt sich nicht für uns, hier Zeugniß abzulegen", oder „wir stehen nicht dazu." Dies sind traurige Zeichen von Gewissenlosigkeit. Es ist eine allgemeine Bürgerpflicht, Zeugniß abzulegen (§ 365). Es kann Jedermann in den Fall kommen, den Andern als Zeugen anzurufen.

§ 390. In gleicher Weise ist gegen den Aussteller eines schriftlichen Zeugnisses (§ 369) und gegen die beweisführende Partei zu verfahren, wenn ein solches Zeugniß sich als offenbar falsch erweist.

§ 391. Zeigt sich bei der Urtheilsfällung, daß eine Partei das Recht der Zeugenabhörung offenbar mißbraucht hat, indem sie z. B. eine zu große Zahl Zeugen bezeichnete oder solche Personen anrief, welche voraussichtlich keine Kenntniß von der Thatsache hatten, über welche sie abgehört werden sollten, so ist sie zur Tragung der unnützerweise durch sie verursachten Kosten zu verurtheilen; überdies kann sie mit Ordnungsbuße belegt werden.

Auf letztere ist immer auch dann zu erkennen, wenn es sich ergibt, daß lediglich zum Zwecke der Verschleppung des Prozesses Zeugenbeweis angetreten oder verlangt worden sei.

Wenn in einem solchen Falle die zugelassenen Zeugen vor der Einvernehmung sterben und die gestrichenen noch leben, so würde ich als Richter

in Abweichung von dem allgemeinen Grundsatze (cf. ad § 375) die früher gestrichenen nachher einvernehmen. Geschieht dies nicht, so leidet die Partei ungerechter Weise Schaden.

Anhang.

Das Beweismittel der Zeugen ist mit wenigen Ausnahmen überall zulässig. Zu diesen Ausnahmen gehören:

1) § 912 des Zivilgesetzes. Cf. auch das eidgenössische Zivilprozeßgesetz Art. 130, Art. 9, 11—14 des eidgenössischen Obligationenrechtes und Schneider und Fick Kommentar p. 40—46.
2) § 1091 des Zivilgesetzes: Schenkungsversprechen (Art. 10 des eidgenössischen Obligationenrechtes).
3) § 1385 des Zivilgesetzes: Kaufverträge über Liegenschaften (Art. 231 des eidgenössischen Obligationenrechtes).
4) §§ 1512 und 1484 des Zivilgesetzes betreffend Miethverträge, soweit sie von dem gewöhnlichen Miethrechte oder der hergebrachten Uebung abweichen (Obergerichtl. Urtheil Bauert 3. Mai 1873). Cf. auch Art. 275.2 des schweizerischen Obligationenrechtes.
5) § 1691 des Zivilgesetzes: Leibrentenvertrag. Cf. Art. 518 des schweizerischen Obligationenrechtes.
6) § 1781 des Zivilgesetzes: Bürgschaft (nicht dagegen bei § 1165 R-B. 1879 Nr. 51). Cf. Art. 421 und 491 des schweizerischen Obligationenrechtes.
7) Cf. ad § 303 des Prozeßgesetzes.

Was den Beweis über eheliche Kindschaft anbetrifft, so setzt das eidgenössische Gesetz über Zivilstand und Ehe keine Vorschriften fest. Nur soviel geht aus dem Sinn und Geist dieses Gesetzes hervor, daß die ordentlichen Beweismittel für diese Thatsache die Zivilstandsregister bilden und zwar für die Ehe die Eheregister und für die Geburt die Geburtsregister. (Appellationskammer Blank 10. September 1881). Cf. indessen Entscheidung des Deutschen Reichsgerichtes in Strafsachen I. p. 746 und II. p. 291.

5. Augenschein.

§ 392. Zur Besichtigung von Gegenständen, deren Beschaffenheit möglicherweise für die Beurtheilung des Rechtsstreites von Bedeutung ist, und welche sich nicht leicht in das Gerichtslokal bringen lassen, verfügt sich der Richter von Amteswegen oder auf den Antrag einer Partei an den Ort, wo dieselben sich befinden.

Der Augenschein ist die sinnliche Wahrnehmung eines Streitobjektes durch den Richter. Es kann sich auch um einen Ohren- oder Nasenschein handeln (§§ 618 und 619 des Zivilgesetzes). Man spricht indessen de eo quod plerumque fit regelmäßig nur vom Augenscheine.

Der Augenschein ist in gewissen Fällen das beste und sicherste Mittel, sich eine rechtliche Ueberzeugung zu verschaffen. Deswegen kann er auch ex officio vorgenommen werden (cf. auch Art. 121 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes). Immerhin ist es nöthig, daß eine Partei den Willen kundgegeben hat, sie wolle darauf abstellen. Das Gericht könnte also sicherlich nicht gegen den Willen der Parteien einen Augenschein einnehmen.

§ 393. Ueber die Ergebnisse des Augenscheines, sowie über die von den Parteien abgegebenen erheblichen Erklärungen und gestellten Anträge wird ein genaues Protokoll aufgenommen.

In den Fällen, welche an eine zweite Instanz gezogen werden können, ist eine Handzeichnung anzufertigen, sofern nicht eine

förmliche Planaufnahme angeordnet werden muß. Schon vorhandene Pläne und Modelle sind zu den Akten zu ziehen, nachdem sie mit der Lokalität verglichen und nöthigen Falles berichtigt worden sind.

Bei Augenscheinen hat die Gerichtskanzlei zur Orientirung der II. Instanz eine gehörige Lokalbeschreibung dem Protokoll einzuverleiben. Dies wird zuweilen übersehen.

6. Sachverständige.

§ 394. Sachverständige sollen bloß beigezogen werden, sofern es sich um Thatsachen handelt, deren Wahrnehmung oder Beurtheilung besondere Fachkenntnisse voraussetzt.

Im Allgemeinen soll natürlich der Richter die Regeln des Verkehrs kennen. Allein es gibt, zumal bei den verzweigten Verhältnissen des modernen Lebens, gewisse spezielle Fälle, die ihm unmöglich ganz geläufig sein können. Für derartige Fälle besonderer technischer Schwierigkeiten können Experten bestellt werden. Es sind dies also Personen, die eine spezielle Fachkenntniß zur Wahrnehmung und zur sachgemäßen Beurtheilung streitiger Fälle darbieten. Cf. auch § 426.

Im summarischen Verfahren werden vielfach Expertisen auf einseitigen Antrag erhoben. Entsteht hernach ein ordentlicher Zivilprozeß, so werden regelmäßig neue Expertisen veranstaltet. Indessen kann dies nicht überall geschehen. Wo es sich um Feststellung eines der Veränderung unterliegenden Thatbestandes handelt, da muß auch für den ordentlichen Richter die frühere Expertise maßgebend sein. Dabei bleibt freilich die erneute Erwägung technischer Konklusionen vorbehalten.

§ 395. Die Sachverständigen werden auf Antrag einer Partei oder von Amteswegen durch den Richter ernannt. Derselbe bestimmt mit Rücksicht auf die Natur des Falles, ob ein oder mehrere Sachverständige zu ernennen seien.

In wichtigen und schwierigen Fällen ist die Ernennung von zwei Experten dringend wünschenswerth namentlich auch wegen der in § 407 fixirten Begränzung für Einsetzung einer Oberexpertise. Der eidgenössische Zivilprozeß nimmt als Regel drei Experten in Aussicht (Art. 123).

§ 396. Mit Ausnahme der vom Staate für bestimmte Zwecke bestellten Experten ist Niemand gehalten, einen Ruf als Sachverständiger anzunehmen.

Niemand soll als Sachverständiger ernannt werden, der als Richter abgelehnt werden könnte.

Cf. §§ 126, 127 und 843. Im Streite mit Aktiengesellschaften kann ein Experte abgelehnt werden, der Aktionär ist (§ 127 Nr. 2). Der Ausdruck juristische Person bezieht sich hier offenbar auch auf Aktienverbindungen (Z. N. F. II. p. 235). Verpflichtet zu gerichtlichen Expertisen sind Bezirksärzte und Bezirks-Thierärzte und ihre Adjunkten (Cf. § 844).

§ 397. Den Parteien steht frei, für die Wahl der Sachverständigen Vorschläge zu machen; der Richter ist an diese nur im Falle des § 311 gebunden, aber auch in diesem Falle nicht, wenn die Parteien sich auf offenbar unpassende Personen vereinigt haben.

Werden Sachverständige erst später auf Vorschläge hin oder von Amteswegen ernannt, so ist den Parteien einfach Kenntniß zu geben; allfällige Ablehnungsgründe haben dieselben dann sofort geltend zu machen.

§ 398. Sachverständige, welche schon vor der Hauptverhandlung ernannt sind, haben in dieser berathende Stimme und sollen ihr Gutachten wo möglich sofort zu Protokoll geben.

Cf. § 400.

§ 399. Sind die Sachverständigen erst nach der Hauptverhandlung ernannt worden, und ist die Sache der Art, daß sie ihr Gutachten mündlich abgeben können, so werden sie zu diesem Zwecke unter vorläufiger Bezeichnung ihrer Aufgabe zur Schlußverhandlung vorgeladen.

§ 400. Bei Abgabe eines mündlichen Gutachtens werden die Sachverständigen in der für Zeugen vorgeschriebenen Form über die Sache vernommen.

§ 401. Macht die Expertise einen Augenschein oder eine anderweitige vorläufige Untersuchung nöthig, oder ist sonst ein schriftlicher Befund wünschbar, so sind die Fragen, deren schriftliche Beantwortung verlangt wird, nach Anhörung der Parteien genau festzustellen.

In diesem Falle kann der Richter, wenn die Sachverständigen nicht schon bei der Hauptverhandlung anwesend waren, noch eine mündliche Instruktion über die zu lösende Aufgabe an Ort und Stelle vornehmen.

Die Akten sind den Sachverständigen immer zur Einsicht mitzutheilen.

Den Experten sind bestimmte und genau umschriebene Fragen zur Begutachtung vorzulegen. Ueber die Formulirung der Fragen können sich die Parteien aussprechen und es ist ihnen hierzu Gelegenheit zu geben. — Bei der Instruktionsverhandlung haben die Parteien allfällige Berechnungen, Tabellen oder sonstige Faktoren vorzulegen oder geltend zu machen, von denen sie wünschen, daß die Expertise darauf Rücksicht nehme. Später ist dies nicht mehr möglich. Daran ist unbedingt festzuhalten, denn sonst würden die Rechte der andern Partei ungehörig verkürzt.

§ 402. Ueber die Bestellung von Sachverständigen und die ihnen zu ertheilenden Aufträge sollen besondere mündliche Verhandlungen nicht angeordnet werden. Die Parteien mögen sich darüber in der Hauptverhandlung oder im Beweisverfahren schriftlich äußern; dann aber hat das Gericht nach freiem Ermessen zu handeln.

§ 403. Für Abgabe eines schriftlichen Gutachtens sollen den Sachverständigen immer bestimmte Fristen bezeichnet werden. Bei Nichtbeachtung derselben kann der Richter Ordnungsbuße verhängen; überdies haften die Sachverständigen den Parteien

für allen Schaden, der ihnen aus verschuldeter Verzögerung entsteht.

§ 404. Das schriftliche Gutachten muß eine kurze Darstellung der vorgenommenen Untersuchung und eine bestimmte und klare Beantwortung der von dem Richter gestellten Fragen unter Angabe der Gründe enthalten.

Sind die Sachverständigen unter sich uneinig, so gibt Jeder sein Gutachten besonders ab.

§ 405. Von dem Eingange des Gutachtens der Sachverständigen wird den Parteien Kenntniß gegeben, unter Ansetzung einer Frist, binnen welcher sie ihre Begehren um Ergänzung, oder Erläuterung des Befundes, oder um Anordnung einer Oberexpertise, oder um Vorladung der Sachverständigen zur Schlußverhandlung unter Angabe der Gründe einzureichen haben.

In der Schlußverhandlung können solche Begehren nicht mehr gestellt werden.

Die in § 405 bezeichnete Befugniß kann weder in der Schlußverhandlung noch in appellatorio ausgeübt werden, wenn die dazu angesetzte Frist vorher unbenützt verstrichen war. Immerhin bleibt § 406 vorbehalten.

§ 406. Nach Ablauf der Frist verfügt der Richter von sich aus das Geeignete. Er sorgt von Amteswegen dafür, daß unvollständige, unklare oder nicht gehörig begründete Expertenberichte ergänzt und erläutert werden und bezeichnet zu dem Ende genau die diesfälligen Punkte. Er kann zu diesem Behufe sowie zur Hebung allfälliger Widersprüche die Experten auch zur Schlußverhandlung vorladen lassen.

§ 407. Stellt sich heraus, daß die Experten ihrer Aufgabe wegen Mangels der erforderlichen Kenntnisse nicht gewachsen sind, oder daß ihnen der Wille hiezu oder die nöthige Unbefangenheit abgeht, so werden neue Sachverständige bestellt.

Eine Oberexpertise ist auch zu veranstalten, wenn das Gutachten ungenügend motivirt ist.

Das Gesuch um eine Oberexpertise muß begründet werden (Z. XX. p. 375/6). Es ist unzuläßig blos in allgemeiner Weise seine Rechte für die zweite Instanz zu wahren und sich die Befugniß vorzubehalten, in appellatorio eine Oberexpertise zu beantragen. Dadurch, daß dieselbe vor erster Instanz nicht motivirt beantragt wurde, hat die betreffende Partei darauf Verzicht geleistet.

Das Konkordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel (Off. zürch. S. IX. p. 254) schließt prinzipiell ein Obergutachten aus, wenn die zwei untersuchenden Thierärzte einig gehen (§ 14 des Konkordates). Cf. dagegen Z. VII. und Z. XXII. p. 158 und 159.

§ 408. Der Richter kann in allen Fällen die Sachverständigen zur Urtheilsfällung mit berathender Stimme beiziehen. Im Uebrigen würdigt er das Gutachten derselben nach freiem

Ermessen, sofern nicht besondere Gesetze diese Befugniß im einzelnen Falle ausdrücklich beschränken.

Cf. indessen § 545.2. — Das freie Ermessen hinsichtlich der Expertisen ist auch im eidgenössischen Zivilprozeßgesetz (Art. 127.2) sanktionirt.

Ueber das nicht hieher gehörende Institut der „Expertenkommission" in Steuersachen cf. R.-B. 1879 Nr. 12.

7. Urkunden.

§ 409. Die Pflicht, Urkunden vorzulegen, richtet sich nach den Bestimmungen des privatrechtlichen Gesetzbuches.

Cf. § 1823 ff. des Zivilgesetzes. — Es ist erkannt worden, daß die Protokolle der Verwaltung einer Bank den Schuldnern gegenüber keine gemeinschaftlichen Urkunden im Sinne der §§ 1824 und 1825 seien (R.-B. 1878, Nr. 24).

Ueber die Vorlegung von Handelsbüchern vide § 546.

§ 410. Verlangt eine Partei von ihrem Gegner zur Herstellung eines Beweises die Vorlegung einer Urkunde, so hat sie dieselbe, sowie den Gegenstand des Beweises so genau als möglich zu bezeichnen.

Unter Urkunde im juristischen Sinne ist diejenige Aufzeichnung oder Darstellung zu verstehen, welche entweder einen Rechtsakt oder ein darüber abgelegtes Geständniß bildlich oder schriftlich zum Ausdrucke bringt. Dieser Ausdruck kann verschieden sein: in stenographischer, hektographischer und telegraphischer Form, in Bildern, in Malereien etc.

Man unterscheidet:

1. Oeffentliche Urkunden (instrumenta publica). Cf. § 430. Dahin gehören Gerichtsprotokolle, Notariatsurkunden, Postscheine. Auch Depeschen? (Cf. mein Telegraphenrecht 2. Aufl. p. 62—64).
2. Privaturkunden (instrumenta privata) sind solche, die durch eine oder mehrere Privatpersonen ohne Mitwirkung von öffentlichen Beamten gemacht worden sind. Es sind also Zeugnisse.

   Es ist hier zu unterscheiden, ob sie ausgestellt sind von einem der streitenden Theile (oder Rechtsvorfahren) oder von einem Dritten.

§ 411. Weigert sich eine Partei, eine in ihrem Besitze befindliche Urkunde vorzulegen, so entscheidet der erkennende Richter nach Anhörung der Parteien sofort über die Editionspflicht.

Gegen Beschlüsse, durch welche das Editionsbegehren abgewiesen wird, ist während des Prozesses keine Beschwerde zulässig.

Ein Editionsstreit im eigentlichen Sinn hat immer zur nothwendigen Voraussetzung, daß Derjenige, von dem verlangt wird, daß er etwas edire, im Besitze der betreffenden Sache sei, resp. den Besitz derselben in doloser Weise, eben um die Edition zu hindern, aufgegeben habe (§§ 1819 und 1822 des Civ.-Ges.). Allerdings hat die zürcherische Gerichtspraxis von jeher angenommen, daß das bloße Ableugnen des Besitzes in Fällen, wo derselbe beim Editionsbeklagten zu vermuthen oder für eine frühere Zeit nachgewiesen ist, denselben von der Editionspflicht nicht befreie, sondern es wurde ihm an Stelle des gemeinrechtlichen Editionseides wenigstens der Wahrscheinlichkeitsbeweis für den Nichtbesitz resp. den Verlust der zu edirenden Sache zugemuthet, ansonst die Folgen der Verweigerung der Edition, speziell

die Umkehrung der Beweislast für ihn eintreten (cf. Z. I. S. 383, Erw. 2. Ullmer's Kommentar Nr. 2389, Z. XIX. S. 318 Nr. 129 Erw. 1, IX. S. 397 Nr. 134, X. 375 Nr. 54, S. 387 Nr. 62, XIII. S. 325 Nr. 79, S. 362 Nr. 103, XIX. S. 315 Nr. 127, S. 317 Nr. 128).

Es frägt sich, in wie weit auch der bloße kulpose Verlust von Beweismitteln, speziell Beweisurkunden, deren Edition der Prozeßgegner zu verlangen berechtigt wäre, für den Verlierenden resp. dessen Rechtsnachfolger nachtheilige prozessualische Folgen habe und worin dieselben bestehen.

Das zürcherische Recht enthält eine spezielle Vorschrift für diesen Fall nicht, wohl aber scheint die zürcherische Gerichtspraxis von jeher auch an solchen kulposen Entzug von Beweismitteln Seitens des Prozeßgegners ähnliche prozessualische Folgen geknüpft zu haben, wie an die wirkliche Verweigerung der Edition. So wird in mehreren Entscheidungen Z. XVIII. S. 170 Nr. 97, XIX. S. 318 Nr. 129 der Satz ausgesprochen, daß, wenn der Verlust einer Urkunde durch ungenügende Aufbewahrung verschuldet worden ist, die Folgen dieser Fahrläßigkeit den Schuldigen treffen müssen. Vergleiche auch die frühern Entscheidungen B. II S. 254 Nr. 29, XIV. S. 395 Nr. 22, XV. S. 276 Erw. 3, XVII. S. 60 Nr. 73, XIX. S. 84 Nr. 75, S. 85 Nr. 76, die allerdings theilweise den wirklichen Editionsstreit im Auge haben. Analoge Entscheidungen im Falle von Entzug anderweitiger Beweismittel Z. IV. S. 330 Nr. 175, VIII. S. 150 Nr. 111. Demzufolge tritt aber in derartigen Fällen keineswegs ohne Weiteres eine Umkehrung der Beweislast ein, wie dieses ja auch bei der Editionsverweigerung nicht nothwendig der Fall ist. Vielmehr wird dort noch mehr als hier das billige richterliche Ermessen Platz greifen müssen, insbesondere wird dem prinzipiell Beweispflichtigen immerhin noch ein gewisser Wahrscheinlichkeitsbeweis für den von ihm behaupteten Inhalt der verloren gegangenen Beweisurkunde obliegen, wogegen dem Gegner unter allen Umständen, — es sei denn, daß er der Natur der Sache nach nicht zu führen ist — der Gegenbeweis offen gehalten werden muß. Kann dieser Wahrscheinlichkeitsbeweis nicht in genügender Weise z. B. durch eine Abschrift der verlorenen Urkunde oder Zeugenaussagen über den Inhalt derselben geführt werden, so ist doch zum allermindesten nothwendig, daß feststeht, es habe die beweispflichtige Partei eigenes Wissen von dem Inhalte der betreffenden Urkunde und daß ihren Angaben über denselben keinerlei anderweitige Thatsachen entgegenstehen (vide Z. XIX. p. 318 Nr. 29 Erw. 2). In ähnlicher Weise scheint auch die Praxis der deutschen Gerichte diesen Fall zu behandeln (vide Seuffert's Archiv VIII. Nr. 314), während die Theorie des gemeinen deutschen Zivilprozesses von einer derartigen Modifikation der Beweislast nichts wissen will (vide Bayer's Vorträge § 295 und Renaud's Lehrbuch § 134). Cf. R.-B. 1879 Nr. 55.

§ 412. Wird eine Partei zur Vorlegung einer Urkunde verpflichtet, so ist mit dem diesfälligen Beschlusse zugleich die geeignete Androhung für den Fall der Unterlassung zu verbinden; namentlich kann je nach Umständen dem Editionspflichtigen der Beweis für die Unrichtigkeit der vom Beweisführer behaupteten Thatsachen auferlegt, oder der Inhalt der vorzulegenden Urkunde nach Angabe des Letztern oder der von ihm beigebrachten Abschrift als erwiesen angenommen werden.

Cf. ad § 411.

§ 413. Befindet sich die Urkunde, auf welche sich der Beweisführer beruft, in der Hand eines Dritten, so wird der-

selbe durch den Richter aufgefordert, sie einzureichen, oder schriftlich die Gründe anzugeben, warum er sich hiezu nicht für verpflichtet halte.

Im Falle der Weigerung entscheidet der erkennende Richter nach freiem Ermessen, ob der Dritte zur Vorlegung verpflichtet sei oder nicht, und setzt demselben im erstern Falle eine kurze Frist zur Beschwerdeführung an (§ 348).

§ 414. Behauptet dagegen der Dritte, daß er sich nicht im Besitze der Urkunde befinde, so kann der Beweisführer verlangen, daß Jener als Zeuge darüber abgehört werde, ob er die verlangte Urkunde nicht besitze, ob er sich des Besitzes nicht entäußert habe und ob er nicht wisse, wo die Urkunde sich gegenwärtig befinde.

§ 415. Ist die Editionspflicht gerichtlich festgestellt und verweigert der dritte Besitzer die Vorlegung der Urkunde beharrlich, so finden auf ihn die Bestimmungen des § 376 Anwendung.

§ 416. In der Regel sind die Urkunden, wo es möglich ist, in der Urschrift vorzulegen.

Der Urschrift steht gleich:

1. eine von den Betheiligten anerkannte Abschrift;
2. eine von dem zuständigen Beamten aus öffentlichen Büchern oder Registern gezogene und beglaubigte Abschrift.

Diese Bestimmung ist kopirt aus Art. 110 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes.

§ 417. Jede Urkunde muß vollständig vorgelegt werden, und es sind bei größern Urkunden die Beweisstellen genau zu bezeichnen.

Wenn sich eine Urkunde auf eine andere bezieht, wie Nebenverträge, Rechnungsbeilagen, so ist sie in Verbindung mit dieser vorzulegen.

Stellen, welche für den Prozeß ohne Einfluß sind, dürfen unzugänglich gemacht werden.

Referens sine relato non relevat (Art. 112 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes).

§ 418. Während des Prozesses darf eine einmal zu den Akten gelegte Urkunde ohne Bewilligung des Richters nicht wieder zurückgezogen werden.

Cf. dagegen betreffend die Zeugen § 342.2.

§ 419. Jede Partei hat sich über die Aechtheit der von der Gegenpartei vorgelegten Urkunden zu erklären.

Cf. eine eigenthümliche Vermuthung der Aechtheit von Privaturkunden in Art. 114 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes. Cf. auch Art. 115 cit.

§ 420. Bestreitet eine Partei die Aechtheit einer vorgelegten Urkunde, so schreitet der Richter in der Regel zur persönlichen Einvernahme der Parteien.

§ 421. In der Einvernahme ist der Beweisführer genau über alle erheblichen Verumständungen abzuhören, unter denen die Urkunde zu Stande gekommen, sowie über alle Momente, welche für die Aechtheit geltend gemacht werden, und es hat sich sodann der Beweisgegner hierüber speziell auszusprechen.

§ 422. Behauptet eine Partei, daß eine vorgelegte Urkunde gefälscht sei, so hat sie die angeblich gefälschten Stellen sowie die Gründe, welche nach ihrer Ansicht für die Fälschung sprechen, genau zu bezeichnen und allfällige Verdachtsgründe gegen bestimmte Personen mitzutheilen, sofern sie nicht vorzieht, sofort Strafklage zu erheben.

§ 423. Der Richter setzt alsdann je nach den Umständen der betreffenden Partei eine Frist zur Anhebung der Strafklage an, oder übermittelt die Akten von sich aus der Staatsanwaltschaft zur Einleitung einer Untersuchung.

§ 424. Wird die Aechtheit einer von einem noch lebenden Dritten ausgestellten Privaturkunde bestritten, so kann der Beweisführer verlangen, daß derselbe gerichtlich angehalten werde, sich in der Eigenschaft eines Zeugen über die Ausstellung der Urkunde zu erklären.

Verweigert der Dritte die Erklärung, so ist gegen ihn nach den Vorschriften des § 376 zu verfahren.

Können darnach auch die nächsten Verwandten des Produzenten abgehört werden, die sonst nicht als Zeugen tauglich wären? (§ 366).

§ 425. Auf Verlangen des Richters ist jede Partei und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie als Beweisführer oder als Beweisgegner erscheine, sowie auch jede nach § 424 abzuhörende dritte Person verpflichtet, einen ihr vorzusprechenden Aufsatz in seiner Gegenwart niederzuschreiben.

Die Weigerung einer Partei ist nach § 361, die Weigerung eines Dritten nach § 376 zu beurtheilen.

§ 426. Die Aechtheit einer bestrittenen Privaturkunde wird durch die gewöhnlichen Beweismittel hergestellt. Der Richter kann sowohl von sich aus, als auf den Antrag einer Partei eine Schriftvergleichung anordnen und zu derselben auch Sachverständige beiziehen.

Die frühere Praxis ging davon aus, daß da, wo die Unterschrift einer Urkunde als ächt anerkannt ist, regelmäßig auch das Datum bis zum Beweise des Gegentheils als ächt angenommen werden solle (B. XIII. p. 424/5; Z. I. p. 258; II. p. 461; IV. p. 323). Hernach führte das Obergericht aus, daß der angegebene Satz nicht in dieser Allgemeinheit anerkannt werden könne. Dagegen wurde gesagt, daß Derjenige, welcher die Urkunde selber geschrieben datirt und unterschrieben habe, den Beweis der Unrichtigkeit des Datums zu leisten habe, wenn er später mit der Behauptung auftrete, das Datum sei nicht richtig (Z. XXII. p. 234).

Später (vide R.-B. 1873 p. 24 Nr. 19) wurde vom Obergerichte erklärt:

Schon im Allgemeinen ist nicht richtig, daß regelmäßig die Anerkennung oder der Beweis der Aechtheit der Unterschrift einer Urkunde auch die Vermuthung für die Richtigkeit ihres Datums begründe. Zwar wird allerdings diejenige Partei, welche eine Urkunde selbst unterzeichnet, den Inhalt derselben und also auch das Datum in der Regel gegen sich gelten lassen müssen, wenn keinerlei Verdachtsgründe auf Fälschung oder nachträglichen Zusatz hinweisen. Allein wenn in einem Prozesse eine Urkunde mit der Unterschrift eines Dritten geltend gemacht wird, so ließe sich ein Schluß aus der Aechtheit der Unterschrift auf die Richtigkeit des Inhaltes oder des Datums nur dann rechtfertigen, wenn es ein Erfahrungssatz wäre, daß Niemand ein unrichtiges Datum oder eine unwahre Erklärung schreibe, ohne zugleich zur Unterschrift sich eines falschen Namens zu bedienen.

Darüber aber war nie Streit, daß die Beweislast für die bestrittene Aechtheit einer Urkunde Denjenigen trifft, der sie als ächt geltend macht. Es hat nicht etwa der angebliche Aussteller zu beweisen, daß seine Unterschrift nicht ächt sei (R.-B. 1878 Nr. 8).

Ueber die Beurtheilung und Beweiskraft von Urkunden, die unmittelbar vor dem Konkurse errichtet werden, cf. meine Abhandlung in der Zeitschr. für schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege V. p. 145.

§ 427. Zur Vergleichung ist jede Handschrift zulässig, die unzweifelhaft von dem angeblichen Aussteller der bestrittenen Urkunde herrührt.

Die Schriftvergleichung ist immer noch ein wackliges Beweismittel, das mit Vorsicht aufgenommen werden muß. Von besonderer Bedeutung ist es selbstverständlich, den Experten möglichst viel anerkanntes Material vorzulegen.

Für den Fall einer Oberexpertise ist es rathsam, dem neuen Experten das erste Gutachten nicht mitzutheilen. Ueberhaupt sollten diesen Experten die Akten und Protokolle nicht übersendet werden. Allein § 401.3? Cf. § 845.

§ 428. Das Ergebniß der Schriftvergleichung ist stets in Verbindung mit allen übrigen Indizien zu würdigen, welche für oder gegen die Aechtheit einer Urkunde sprechen.

§ 429. Eine Partei, welche wissentlich die Aechtheit einer von ihr ausgestellten Urkunde ableugnet, ist mit Ordnungsbuße zu belegen.

§ 430. Die Aechtheit öffentlicher Urkunden wird durch das Zeugniß der zuständigen Behörde festgestellt.

Als öffentlich gelten alle Urkunden, welche von einem öffentlichen Glauben genießenden Beamten in Sachen seines Amtes und innerhalb der Befugnisse desselben in gesetzlicher Form abgefaßt sind.

Cf. ad § 410 und Art. 106 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes.

E. Schlußverhandlung.

§ 431. Ist nach der Hauptverhandlung noch ein besonderes Beweisverfahren nöthig geworden, so findet in der Regel eine Schlußverhandlung vor dem urtheilenden Richter statt.

Dieselbe hat die Abnahme der Beweise, soweit dieselbe nicht bereits stattgefunden, die Würdigung des Beweisergebnisses und die sofortige Ausfällung des Endurtheils zum Zwecke.

Mit diesem Akte schließt normal die Beweiserhebung. Vor der Beendigung der letztern kann und soll natürlich eine Schlußverhandlung nicht abgehalten werden.

An dieser Verhandlung dürfen in der Regel keine Urkunden mehr beigebracht werden (Urtheil der Appellationskammer Ritter 24. Januar 1880). Ausnahmen sind lediglich gestattet, wenn die Voraussetzung des § 337.3 zutrifft und gleichzeitig der diesfällige Beweis speziell angetreten wird. Neue Rechtsstandpunkte sind aber nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 484.2 (cf. auch § 337.2) auch in diesem Stadium noch erlaubt.

§ **432.** Tag zur Schlußverhandlung ist sofort anzusetzen, sobald der Prozeß nach der Aktenlage wahrscheinlich in einer Sitzung zu Ende geführt werden kann.

Ist für den Richter, die Sachverständigen oder die Zeugen noch die Besichtigung von Gegenständen oder eines Lokales nothwendig, so kann die Verhandlung auch außer dem Gerichtslokale abgehalten werden.

§ **433.** Zur Schlußverhandlung sind die Parteien unter der Androhung vorzuladen, daß beim Ausbleiben einer oder beider Parteien die Beweisabnahme und die Urtheilsfällung dennoch vor sich gehe.

Der Richter hat aber nichts destoweniger nach der Vorschrift des § 347 zu verfahren und Alles zu berücksichtigen, was nach den Akten oder dem Beweisergebnisse zu Gunsten einer ausbleibenden Partei spricht.

§ **434.** Die Schlußverhandlung beginnt mit der Abnahme der Beweise (Einvernahme der Zeugen und der Sachverständigen).

§ **435.** Nach vollendeter Beweisabnahme steht den Parteien frei, das Ergebniß des gesammten Beweisverfahrens in mündlicher Ausführung zu würdigen. Zu diesem Zwecke soll aber dem Beweisführer sowohl als dem Beweisgegner ohne besondere Gründe nicht mehr als je ein Vortrag gestattet werden.

Das erste Wort erhält hier der Produzent (resp. Hauptproduzent). Er wird ausführen, daß der Beweis ganz oder theilweise geleistet sei (Salvation). Hernach wird dem Produkten Gelegenheit gegeben zu erörtern, daß der Beweis nicht oder nicht vollständig erbracht sei (Impugnation). Ueber die Protokollführung cf. § 484.2.

§ **436.** Hat die Beweisabnahme schon vorher stattgefunden, so können die Parteien auf die Schlußverhandlung verzichten und die Würdigung der Beweisergebnisse lediglich dem Richter überlassen.

In minder wichtigen Fällen dieser Art ist eine besondere Schlußverhandlung nur anzuordnen, wenn eine Partei

es verlangt oder der Richter von Amteswegen die persönliche Befragung der Parteien noch für nöthig erachtet.

Cf. § 455.2.

F. Erledigung des Rechtsstreites.

§ 437. Sobald der Prozeß soweit gefördert ist, daß derselbe erledigt werden kann, soll der Richter unverzüglich den hiezu nöthigen Beschluß fassen oder das Urtheil ausfällen

Die Form des bloßen Beschlusses ist anzuwenden bei einem Rückzuge oder bei Anerkennung der Klage, sowie bei einem Vergleiche (cf. auch §§ 443.2, 517, 721 und 749.2).

Für eine materielle Erledigung des Streites (Abweisung der Klage, sei es ganz, sei es zur Zeit, sei es angebrachtermaßen oder Gutheißung derselben) ist immer die Urtheilsform nöthig (§ 443.1 und Appellationskammer Beschluß 9. April 1881 Trümpler und Gysi).

Das Urtheil beendigt den Streit.

Beim Erlaß des Endurtheils ist die Frage entscheidend, ob das als Fundament der Klage erscheinende Recht dem Kläger schon zur Zeit der Litiskontestation zugestanden habe. Dieser Satz bezweckt namentlich, die Rechte des Beklagten zu wahren, welcher durch Berücksichtigung eines erst während des Prozesses neu entstandenen Rechtes des Klägers leicht in der Vertheidigung gegen die Klage benachtheiligt werden könnte. Jener Grundsatz bezieht sich dagegen nicht auf thatsächliche Verhältnisse. Hier ist es genügend, daß sie wenigstens zur Zeit des Endurtheils vorhanden sind. Durch dieses Verfahren werden die Rechte des Beklagten auf keine Weise beeinträchtigt. Wohl aber wird beiden Parteien der Verlust an Zeit und Unkosten, welcher mit einer Abweisung der Klage zur Zeit und der Anstellung einer neuen sofort gutzuheißenden Klage verbunden wäre (Z. IV. p. 41—43).

Der Richter ist natürlich bei der Urtheilsfällung an die Gesetze und die Praxis gebunden. Es muß hier neuerdings darüber geklagt werden, daß die Gerichte so häufig sich dazu hergeben, frühere Urtheile nicht mehr zu respektiren. Dieser Erscheinung gegenüber ist Folgendes zu betonen, was ich schon in König's Z. XIV. p. 467/8 gesagt habe: Die Kontinuität in der Rechtssprechung ist das oberste Prinzip, von welchem die Gerichte ausgehen sollten und der Mangel der Kontinuität bildet ein Unglück für die Richter, die Advokaten und die Parteien. Es sind diesfalls auch die schneidigen Bemerkungen zu vergleichen, welche Ullmer in der Einleitung zu seinem Supplementband (p. V—VIII) gemacht hat. Nirgends ist der Respekt vor Präjudizien ein so großer wie in England. In dieser Beziehung könnten unsere Richter eine juristische Anleihe in England machen, die jedenfalls fruchtbringender wirken würde als die englische Kopie der Herumwanderung der Geschwornen (§ 48).

§ 438. Wenn die Erledigung unmittelbar nach Schluß der Hauptverhandlung oder der Schlußverhandlung unmöglich ist, und dieselbe länger als vierzehn Tage verschoben werden muß, so sind die Gründe hiefür im Protokolle anzugeben. Erfolgt aber die Ausfällung des Urtheiles nicht innerhalb vier Wochen nach der Schlußverhandlung, so steht jeder Partei das Recht der Beschwerde bei dem beaufsichtigenden Gerichte zu (§ 729).

§ 439. Sind nach der Hauptverhandlung noch Mängel vorhanden, denen durch prozeßleitende Verfügungen nicht abge-

holfen werden kann, so ist die Klage je nach Umständen **zur Zeit oder angebrachtermaßen** abzuweisen.

Cf. ad § 437. — Was die Abweisung der Klage zur Zeit anbetrifft, so kann dieselbe oftmals verhütet werden, wenn der Kläger die Anerkennungsklage stellt. Cf. über die frühere Praxis Z. XXII. p. 227 und über die jetzige meine einleitenden Bemerkungen betreffend die Requisite eines Zivilprozesses p. 71 ff.

Bezüglich der Abweisung der Klage angebrachtermaßen cf. ad § 312 ad 3 und 318 ad 1. Dieselbe ist z. B. dann geboten:

a) wenn die Administrativbehörden zuerst hätten entscheiden sollen (cf. ad § 295);
b) im Falle einer unzuläßigen subjektiven Klagenhäufung (§ 243);
c) im Falle der Verletzung des § 241 und § 318 Nr. 1;
d) wenn eine Syndikatsklage gegen die Behörde als solche anstatt gegen die einzelnen Mitglieder erhoben wird (Urtheil der Appellationskammer Hürlimann 22. Febr. 1879);
e) wenn im Scheidungsprozesse die vorgeschriebenen Sühnversuche nicht oder nicht gesetzesmäßig (§§ 499 und 504) stattgefunden haben (Beschluß der Appellationskammer Frick 15. März 1879).

Nach § 439 ist es zuläßig „durch prozeßleitende Verfügungen" bestehenden Mängeln abzuhelfen. Darnach ist es z. B. statthaft, auf angesetzte Frist hin eine Cessionsurkunde nach der Hauptverhandlung nachzubringen, ebenso ex post den Ausweis zu leisten, daß die Konkursverwaltung die in § 62 des Konkursgesetzes vorgesehenen Prozesse nicht selber führen wolle (cf. meine Abhandlung in der Zeitschrift für schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege V. p. 146).

Ueberhaupt soll der Richter Hand dazu bieten, daß nicht überflüssigerweise aus einem Prozesse deren mehrere entstehen. Immerhin muß sich die betreffende Prozeßpartei dem Richter gegenüber anheischig machen, die bestehenden Mängel nachträglich zu verbessern.

Cf. auch Art. 158 des eidgen. Obligationenrechts.

§ 440. Wegen unrichtiger Behandlung einer Sache im Sühnverfahren darf eine **Rückweisung an den Sühnbeamten** nur dann erfolgen, wenn Aussicht vorhanden ist, daß bei einem gehörigen Sühnversuche der Streit verglichen werden könne.

Bei einer solchen Rückweisung ist dem Kläger eine Frist zur Wiedereinbringung der Weisung oder Anmeldung eines Vergleiches oder einer Anerkennung unter der Androhung anzusetzen, daß sonst der Prozeß als durch Abstand von der Klage erledigt abgeschrieben werde.

Auch diese Gesetzesbestimmung stützt sich auf die vorhin erwähnte Betrachtung. Cf. ad § 294 und § 318 ad Nr. 4.

§ 441. Eine ohne Vorbehalt erfolgte **Abstandserklärung** steht der Erledigung eines Prozesses durch rechtskräftiges Urtheil gleich.

Als Abstandserklärung gilt auch die Anerkennung der Klage durch den Beklagten.

Cf. § 305 ad § 312 Nr. 4 und ad § 437. Wird eine Klage als „gegenstandslos abgeschrieben", so kann ausnahmsweise und unter Umständen

später eine neue Klage erhoben werden. Z. B. es beschwert sich Jemand wegen gewisser nachbarlicher Einrichtungen, weil sie auf seinen Brunnen einen schädlichen Einfluß ausüben. Gegner verspricht Abhülfe und Kläger gibt sich damit zufrieden. Daraufhin wird die Klage als gegenstandslos abgeschrieben. Hält Gegner sein Versprechen nicht oder nicht in gehöriger Weise, so kann eine neue Klage gestellt werden.

§ **442.** Hat der Beklagte einen für sich allein vollstreckungsfähigen Theil der klägerischen Ansprache im Verlaufe des Verfahrens anerkannt, so ist dieser Theil auf Antrag des Klägers durch B e s c h l u ß a u s z u s c h e i d e n und als v o l l s t r e c k b a r zu erkennen.

Es ist dies eine überaus praktische Bestimmung. Aus § 442 kann aber nicht die Befugniß abgeleitet werden, die Vorstellung im Pfandbuche als zuläßig zu erklären. Hierin läge ein Erkenntniß, wornach der klägerische Anspruch eventuell, nämlich auf den Fall der Unstichhaltigkeit der vom Beklagten gestellten Einsprachegründe, gutgeheißen würde, und gegen welches, wenn es ein erstinstanzliches wäre, dem Beklagten das Rechtsmittel der Berufung eingeräumt werden müßte. Es bedarf keiner Ausführung, daß unsere Zivilprozeßordnung von einem solchen Prozeßverfahren, mit welchem auch dem Kläger in den wenigsten Fällen gedient wäre, nichts wissen wolle. Die Fälle werden auch selten sein, wo dem Kläger zwar nicht möglich gewesen wäre, im Rechtsöffnungsverfahren gemäß § 64 des Gesetzes betreffend die Schuldbetreibung Vorstellung seiner Forderung im Pfandbuche zu erwirken, dagegen im Laufe des ordentlichen Prozesses die Liquidität seines Anspruches ohne gleichzeitige Möglichkeit, über die Einsprachegründe des Beklagten zu entscheiden, sich herausstellt (Z. XX. p. 370).

§ **443.** In der Regel sollen alle s t r e i t i g e n R e c h t s f r a g e n im ordentlichen Verfahren durch U r t h e i l entschieden werden.

Ist jedoch nur noch der Kostenpunkt und die Entschädigung streitig, so wird hierüber durch bloßen Beschluß entschieden. Gegen diesfällige erstinstanzliche Entscheidungen ist der Rekurs zuläßig.

§ **444.** Ueber alle der Klage entgegengestellten Einreden soll in der Regel in E i n e m U r t h e i l entschieden werden.

Ausnahmsweise ist es gestattet, eine einzelne oder mehrere Einreden zum Gegenstande eines besondern V o r u r t h e i l e s zu machen, wenn dieselben für das Eintreten auf die andern entscheidend sind und auf diesem Wege bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten erspart werden kann.

Vorurtheile sind hinsichtlich der zu ergreifenden Rechtsmittel wie Endurtheile zu behandeln.

Cf. ad § 336. — Dieser Paragraph (§ 444) versteht unter „Einreden" nicht blos Einreden im prozessualischen Sinne, sondern überhaupt die Geltendmachung oder Bestreitung von Thatsachen, deren Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Klage entgegensteht (Appellationskammer 10. Sept. 1881 B l a n k Erwäg. 3). Die Anwendung der in § 444.2 erwähnten Fakultät hängt zunächst von den Anträgen der Parteien ab. Immerhin bleiben dabei diejenigen Streitigkeiten vorbehalten, bei welchen der Richter nicht im gleichen Maße wie im

gewöhnlichen Zivilprozesse an die Anträge der Parteien gebunden ist, — also namentlich die Fälle des § 536 (Urtheil Appellationskammer 15. Sept. 1881 Spörri).

Der Weg eines Vorurtheils wird häufig dann eingeschlagen, wenn die Einrede der mangelnden Aktiv- oder Passiv-Legitimation gestellt wird, — also bei jenen Einreden, die der gemeinrechtliche Prozeß zu sog. prozeßhindernden gemacht hatte. Dieselben waren den weitern Untersuchungen vorgehend judikatsmäßig zu erledigen. Die genannten Kunstausdrücke leben auch in unserer Praxis, allein sie haben keine besondere Bedeutung (Monatschronik IX. p. 26). Aktivlegitimation heißt der Beweis einer Partei, daß das von ihr verfolgte Recht ihr zustehe, — Passivlegitimation, daß der Beklagte es sei, wider den das Recht geltend gemacht werden könne. Die ganze Unterscheidung ist ein Gebilde der Willkür. Aktivlegitimation besagt nichts Anderes, als daß der Klagegrund richtig und der Kläger der richtige Kläger sei. Passivlegitimation besagt, daß die Person, die in's Recht gefaßt wird, diejenige sei, von der die betreffende Leistung gefordert werden könne. Die Frage ist also beide Male mit der Hauptsache identisch. Indem man jene Unterscheidung festhält, verbindet man freilich damit einen speziellern Sinn. Es wird von einander abgelöst:

1. der materielle Inhalt eines Rechtsverhältnisses;
2. die subjektive Beziehung desselben.

Diese Ausscheidung ist aber willkürlich und unlogisch. Indessen soll durchaus nicht geläugnet werden, daß es praktisch ist, über die genannten Einreden präjudiziell — im Sinne des § 444 — zu entscheiden.

Immerhin mache ich darauf aufmerksam, daß das Herausgreifen einzelner Standpunkte und ihre präjudizielle Entscheidung dann werthlos ist, wenn es sich um Streitigkeiten handelt, die letztinstanzlich vom Bundesgerichte beurtheilt werden. Bei diesem Gericht kann nämlich nur die „Abänderung des letztinstanzlichen kantonalen Haupturtheils" nachgesucht werden (Art. 29.1 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege cf. zweite Abtheilung). Als Haupturtheil aber qualifizirt sich lediglich eine die Hauptsache materiell erledigende Entscheidung, keineswegs dagegen ein blos präparatorisches oder Zwischenurtheil oder eine Entscheidung über eine prozeßhindernde Einrede beziehungsweise das Vorhandensein einer Prozeßvoraussetzung. — Der in diesen Fällen bestehende Rechtszustand bewirkt höchstens eine Vermehrung der Instanzen. Wird eine einzelne Einrede zum Gegenstande eines Vorentscheides gemacht, so kann das Rechtsmittel der Appellation und Kassation angewendet werden. Hernach wird materiell von den kantonalen Instanzen entschieden und das Urtheil kann dannzumal an das Bundesgericht gezogen werden.

§ 445. Erledigungsbeschlüsse sind den Parteien, wenn bereits mündlich eröffnet, nur auf Verlangen schriftlich mitzutheilen.

§ 446. Bei der schriftlichen Abfassung und Begründung der Urtheile ist die direkte Redeform anzuwenden.

Die Dispositive, welche sich auf den sachlichen Entscheid beziehen, sind dem gestellten Rechtsbegehren anzupassen.

Cf. über die Spezialvorschriften:

a) betreffend ein friedensrichterliches „Erkenntniß" § 456.

b) betreffend die „Erkenntnisse" der Gerichtspräsidenten §§ 467 und 485.

c) betreffend die Urtheile im gewöhnlichen Zivilprozesse § 485.

Anhang.

1. Die Rechtskraft der Urtheile (cf. im Allgemeinen Keller Litiskontestation und Urtheil Zürich 1827 § 24 ff.) beschränkt sich nach der längst auch bei uns zur Geltung gelangten Ansicht (Z. XIV. p. 11) nicht auf die im Dispositiv ausgesprochenen Sätze, sondern sie bezieht sich auch auf die Erwägungen, soweit dieselben nothwendige Grundlage des Entscheides bilden und nicht etwa bloße Raisonnements enthalten, welche auf den Entscheid ohne Einfluß gewesen sind und die deshalb hätten unterbleiben können, ohne daß eine Lücke in der rechtlichen Ausführung wahrnehmbar gewesen wäre (vergl. Z. I. S. 272, Nr. 163; III. S. 289; IV. S. 336, Nr. 181; VI. S. 396, Erw. 2; VII. S. 221, Nr. 142; VIII. S. 228, Nr. 176).

In diesem Sinne wurde auch lt. Z. XVIII. p. 212 erkannt.

Das Obergericht drückte sich später (R.-B. 1874 p. 23, Nr. 15) dahin aus: Beim Entscheide der Frage, ob einem Klagebegehren die Einrede der abgeurtheilten Sache gestützt auf ein früheres Urtheil entgegengesetzt werden könne, kommt es nicht bloß auf den Wortlaut der Dispositive dieses Urtheils an, welche oft für sich allein nicht einmal erkennen lassen, auf welche streitigen Rechte der frühere Prozeß sich bezogen habe, sondern die Rechtskraft erstreckt sich auf alle diejenigen Streitfragen, welche der frühere Richter entscheiden mußte, um zur Gutheißung oder Abweisung der Klage zu gelangen. Rechtskräftig werden also auch die objektiven Entscheidungsgründe als die nothwendigen Elemente des Urtheiles Hieraus folgt, daß, wenn eine auf einen Theil gerichtete Klage abgewiesen wurde, weil der Richter angenommen und ausgesprochen hat, daß dem Kläger überhaupt kein Recht auf den in Frage stehenden Gegenstand zustehe, resp. daß dem Beklagten gar keine Verpflichtung zu der theilweise eingeklagten Leistung obliege, auf dieses Urtheil die Einrede der abgeurtheilten Sache gegründet werden kann, sowohl gegen die Klage auf einen andern Theil der nämlichen Sache, als gegen eine Klage auf das Ganze.

2. Die Rechtskraft beschränkt sich nur auf die Parteien (und ihre Rechtsnachfolger) und erstreckt sich nicht auf die Litisdenunziaten. Der Umstand, daß in dem betreffenden Prozesse der Litisdenunziat theilgenommen und vor zweiter Instanz an der Stelle der Partei allein aufgetreten ist, ändert nichts an dem Umfange der Rechtskraft des Urtheils. Der Litisdenunziat, der anstatt des Litisdenunzianten den Prozeß fortsetzt, wird dadurch nicht selbständige Prozeßpartei, sondern ist bloßer Stellvertreter seines Denunzianten, weshalb auch § 252 ausdrücklich bestimmt, daß das Urtheil auf den Namen des Letztern ausgefällt werden müsse (Z. XXII. p. 229). Cf. auch Z. N. F. II. p. 236.

3. Die Rechtskraft des gegen den Hauptschuldner ergangenen Urtheils erstreckt sich auch auf den Bürgen, wenn der Letztere Gegenforderungen aus der Person des Hauptschuldners, über die entschieden ist, herleitet (Z. XXIII. p. 412–414).

4. Eine rechtskräftig verworfene oder versäumte Einrede kann nicht mehr mittelst der entsprechenden Klage geltend gemacht werden (Z. XIX. p. 103).

5. Cf. die Spezialität der Wirkung der res judicata in Bauprozessen § 594 und in Ehescheidungsklagen Anhang ad § 511 Nr. 5 und Nr. 6.

III. Abschnitt.

Besondere Bestimmungen betreffend das ordentliche Verfahren.

§ 447. Die allgemeinen Vorschriften des ersten und zweiten Abschnittes (§§ 209—446) finden auf das Verfahren vor den einzelnen Gerichtsstellen Anwendung, soweit sie nicht durch die nachfolgenden besondern Bestimmungen ausdrücklich oder selbstverständlich ausgeschlossen sind.

A. Verfahren vor dem Friedensrichter.

§ 448. Streitigkeiten, deren Werth den Betrag von 50 Fr. nicht übersteigt, werden dadurch anhängig gemacht, daß der Kläger schriftlich oder mündlich ein bestimmtes Rechtsbegehren gegen den Beklagten beim Friedensrichter stellt.

Cf. ad § 19 ff. 78 und 79.

Das erste Stadium der Thätigkeit des Friedensrichters ist auch hier die pastoralartige Ermahnung an die Parteien Vernunft anzunehmen, wie bei den gewöhnlichen Prozessen. Helfen diese Betrachtungen nicht, so frägt es sich dann, ob die Parteien Geschworne verlangen wollen oder nicht. Im erstern Falle wird daraufhin zur Verhandlung ein neuer Termin angesetzt. Cf. § 452 und die obergerichtliche Verordnung § 1 ff.

§ 449. Der Friedensrichter veranstaltet spätestens innerhalb sechs Tagen und frühestens auf den zweitfolgenden Tag einen Vorstand beider Parteien (§ 174).

Wenn bei diesem Vorstande der Streit nicht gütlich beseitigt werden kann, so haben sowohl der Friedensrichter als auch die Parteien zu erklären, ob sie die Beiziehung von Geschwornen verlangen oder nicht. Im erstern Falle wird sofort nach Anleitung der hierüber zu erlassenden Verordnung zur Bezeichnung der Geschwornen geschritten.

Nach dem Vorstande kann der Zuzug von Beisitzern nicht mehr verlangt werden.

§ 450. Legt eine Partei dem Streitgegenstande, dessen Werth zweifelhaft sein kann, einen Werth von mehr als 50 Fr. bei, oder wird von dem Beklagten eine Widerklage geltend gemacht, welche diesen Betrag übersteigt, so stellt der Friedensrichter nach fruchtlosem Sühnversuche Weisung an das kompetente Gericht aus (§ 227) und bezieht die Kosten vom Kläger, beziehungsweise vom Hauptkläger.

§ 451. Ist die Kompetenz des Friedensrichters anerkannt und von keiner Seite die Zuziehung von Geschwornen verlangt worden, so erläßt der Friedensrichter, insofern die mündliche Verhandlung über die Sache selbst als erschöpfend erscheint und

die Beweismittel vollständig beigebracht sind, sofort das Erkenntniß.

Eine weitere Tagfahrt zur Verhandlung, beziehungsweise Schlußverhandlung ist nur anzuordnen, wenn es nicht genügt, die Parteien zu schriftlichen Erklärungen binnen Frist anzuhalten, oder wenn noch Zeugen oder Sachverständige einzuvernehmen sind.

§ 452. Wenn bei dem Vorstande die Zuziehung von Geschwornen verlangt wird, so setzt der Friedensrichter unter thunlichster Berücksichtigung der Wünsche der Parteien die Tagfahrt zur Hauptverhandlung fest, erläßt schriftlich die Vorladungen an die Beisitzer, die Parteien und allfällige Zeugen, deren Abhörung ihm nothwendig scheint, und bezeichnet die Beweismittel, welche die Parteien bei Vermeidung des Ausschlusses noch beizubringen haben.

Der Friedensrichter sorgt dafür, daß die Parteien in dieser Verhandlung ihre Sache vollständig vortragen, damit wo immer möglich sofort das Erkenntniß ausgefällt werden kann.

§ 453. Allfällige Fristen, welche den Parteien nach dem Vorstande oder nach der Hauptverhandlung zur Abgabe von Erklärungen oder zur Bezeichnung und Beibringung von Beweismitteln unter Androhung des Ausschlusses angesetzt werden müssen, können bis auf vier Tage abgekürzt werden, und sind, wenn mündlich eröffnet, nur auf Begehren schriftlich mitzutheilen.

Cf. ad § 197.

§ 454. Sofern nicht ausdrücklich schriftliche Eingaben von den Parteien verlangt werden, können sie ihre Erklärungen dem Friedensrichter mündlich zu Protokoll geben, haben dieselben dann aber zu unterzeichnen.

§ 455. Die Zeugen und Sachverständigen werden vom Friedensrichter einvernommen; es steht aber den Beisitzern und den Parteien frei, die Stellung weiterer erheblicher Fragen zu begehren. Sachverständige sollen nur ausnahmsweise zur Abgabe eines schriftlichen Befundes veranlaßt werden.

Eine besondere Schlußverhandlung lediglich zum Zwecke der Würdigung beigebrachter Beweise soll nicht angeordnet werden.

Cf. § 364 ff. 394 ff.

§ 456. Das Erkenntniß soll, wenn nicht besondere Gründe eine Verzögerung rechtfertigen, spätestens in der dritten Woche, bei Streitigkeiten der in § 461 erwähnten Art jedoch innerhalb acht Tagen nach Anhebung der Klage ausgefällt werden.

Dasselbe muß lediglich enthalten:

1. Die Namen der Geschwornen, wenn solche bei der Urtheilsfällung mitgewirkt haben;

2. Die Bezeichnung der Parteien nach Tauf- und Geschlechtsnamen, Beruf, Heimats- und Wohnort;
3. die Streitfrage;
4. den Entscheid über die Sache, sowie über die Kosten und eine allfällige Entschädigung;
5. den Tag der Ausfällung des Erkenntnisses und die Unterschrift des Friedensrichters.

§ 457. Wird das Erkenntniß in Gegenwart der Parteien ausgefällt, so ist dasselbe sofort mündlich zu eröffnen, und haben sich die Parteien zu Protokoll zu erklären, sofern sie auch schriftliche Mittheilung verlangen.

Die schriftliche Mittheilung soll immer innert vier Tagen nach der Ausfällung erfolgen.

Cf. § 193.

§ 458. Der Friedensrichter führt über jeden seiner Beurtheilung unterliegenden Prozeß ein besonderes Protokollheft. In demselben werden vorgemerkt: Die Anbringung der Klage, die Tagfahrten, die thatsächlichen Behauptungen, Anträge und Beweisanerbieten der Parteien ohne die rechtlichen Ausführungen, die richterlichen Verfügungen, bei Ansetzung von Fristen mit der Angabe, ob dieselben schriftlich oder mündlich mitgetheilt worden seien, ferner die Namen der abgehörten Zeugen und Sachverständigen und kurze Notizen darüber, wie sich dieselben über die Beweissätze ausgesprochen haben, endlich das Erkenntniß oder den Erledigungsbeschluß und die Art der Mittheilung.

Erkenntnisse und Erledigungsbeschlüsse sind überdies in das oben § 296 bezeichnete Protokoll einzutragen und dort vom Friedensrichter und von den Beisitzern zu unterzeichnen.

§ 459. Das friedensrichterliche Erkenntniß wird mit der Ausfällung rechtskräftig und kann nur mittelst der Nichtigkeitsbeschwerde beim Bezirksgerichte angefochten, oder auf dem Wege der Wiederherstellung oder der Erläuterung abgeändert werden.

Für Behandlung von Nichtigkeitsbeschwerden gegen Erkenntnisse des Friedensrichters muß das Bezirksgericht mit 5 Richtern besetzt sein (§ 26). Das diesfällige Verfahren ist schriftlich (§ 663 i. f.). Cf. § 707.

B. Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten.

1. Gewöhnliche Zivilstreitigkeiten.

§ 460. Streitigkeiten, deren Werth den Betrag von 50 Fr., aber nicht denjenigen von 200 Fr. übersteigt, werden bei dem Bezirksgerichtspräsidenten anhängig gemacht durch Einreichung der friedensrichterlichen Weisung.

§ **461.** Ausnahmsweise kann jedoch eine derartige Streitigkeit mit Umgehung des Friedensrichters unmittelbar bei dem Gerichtspräsidenten anhängig gemacht werden im Falle des § 908, sowie wenn der Gerichtsstand des Vertrages begründet ist, oder wenn es sich um Streitigkeiten zwischen Fabrikherren und Fabrikarbeitern, Meistern und Gesellen oder Lehrlingen, Kost- und Logisgebern und Kost oder Logis nehmenden Aufenthaltern, zwischen Dienstherrschaften und Dienstboten handelt.

In diesen Fällen nimmt der Präsident die Streitfrage sofort zu Protokoll und sucht bei der ersten Verhandlung, welche so rasch als möglich anzuordnen ist, den Streit gütlich beizulegen.

Es ist angesichts dieser Gesetzesbestimmung unverständlich, wie man im Ernste bei uns daran denken kann, besondere gewerbliche Schiedsgerichte einzuführen. Der Gerichtspräsident bietet eine viel bessere Gewähr dafür dar, daß dem Rechte zum Rechte verholfen wird. Es steht zu hoffen, daß jener unreife und verkehrte Gedanke wieder ganz aufgegeben werde.

§ **462.** Ebenso kann bei Streitigkeiten im Werth von mehr als 50 Fr., aber nicht über 200 Fr., welche Gegenstand einer im summarischen Verfahren erhobenen Ansprache oder Einrede sind, jede Partei verlangen, daß unmittelbar das ordentliche Verfahren angeordnet werde.

Die Zulässigkeit einer solchen Hinüberleitung in das ordentliche Verfahren, beziehungsweise der unmittelbaren Anhängigmachung des ordentlichen Rechtsstreites, sowie das dabei zu beobachtende Verfahren richtet sich nach den für die einzelnen Arten des summarischen Prozesses (§§ 550 ff., insbesondere § 564) aufgestellten Vorschriften.

§ **463.** Mit der Vorladung zur Hauptverhandlung werden die Parteien aufgefordert, sich bis zum dritten Tage vor derselben schriftlich darüber zu erklären, ob sie die Zuziehung von zwei Mitgliedern des Bezirksgerichtes zu den Verhandlungen und zur Urtheilsfällung verlangen, und bei allfälligen gegen einzelne Mitglieder gerichteten Ausstandsbegehren gleichzeitig die Ablehnungsgründe zu bescheinigen. Später können solche Begehren nicht mehr gestellt werden. Ueber Ausstandsbegehren entscheidet der Gerichtspräsident endgültig

Wird im Falle der Hinüberleitung einer Sache aus dem summarischen in das ordentliche Verfahren der Zuzug von Beisitzern verlangt, so sind dieselben lediglich zur Schlußverhandlung beizuziehen.

§ **464.** Legt eine Partei dem Streitgegenstand einen Werth von weniger als 50 Fr. bei, so hat der Gerichtspräsident die Sache dennoch an Hand zu behalten; offenbare Umgehungen

der Kompetenzbestimmungen sind jedoch mit Ordnungsbuße zu ahnden.

Cf. auch § 230.2.

§ 465. Eine von dem Beklagten gestellte Widerklage ist auch dann an Hand zu behalten, wenn sie nicht Gegenstand des Sühnverfahrens war.

Uebersteigt der Streitwerth der Widerklage den Betrag von 200 Fr., so stellt der Gerichtspräsident sofort oder nach Beibringung einer Weisung für die Widerklage die Akten dem Bezirksgerichte zu und legt die Kosten einstweilen beiden Parteien zu gleichen Theilen auf.

Wird vor dem Gerichtspräsidenten als Einzelrichter eine Widerklage gestellt, ohne daß davon etwas vor der Sühninstanz gesagt wurde, so kann der Widerbeklagte natürlich verlangen, daß ihm noch eine Frist zu einläßlicherer Beantwortung angesetzt werde.

§ 466. Das Verfahren richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen (§§ 209—446), soweit dieselben überhaupt anwendbar sind. Insbesondere sind den Parteien alle Verfügungen, auch wenn sie mündlich eröffnet wurden, schriftlich mitzutheilen.

Dagegen sind keine Beweisbescheide zu erlassen, sondern lediglich die anerbotenen erheblichen Beweise abzunehmen; die Vorladungs- und Beweisfristen dürfen bis auf die Hälfte der gesetzlichen Dauer abgekürzt werden.

Der Gerichtspräsident hat auch in den Fällen, wo Beisitzer zugezogen werden, alle diejenigen Verfügungen, welche zur Vorbereitung der Hauptverhandlung und einer allfälligen Schlußverhandlung als nothwendig erscheinen, von sich aus zu erlassen und ebenso die Zeugen und Sachverständigen einzuvernehmen, wobei indessen auch die Beisitzer und Parteien die Stellung weiterer erheblicher Fragen begehren können.

Erscheint die Abnahme weiterer Beweise als nothwendig, so kann ausnahmsweise eine Ergänzung der Schlußverhandlung angeordnet werden.

Cf. ad § 197. — In dem Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten als Einzelrichter (eventuell mit Beisitzern § 463) sind alle Beweisantretungen mit der Hauptverhandlung zu v e r b i n d e n. Geschieht dies nicht, so sind die Parteien damit präkludirt. Diese Partikularität des Verfahrens ist wohl zu beachten. Eine bloße Beweisofferte für eine bestimmte und relevante Thatsache genügt also nicht. Es sind auch die Beweismittel sofort zu bezeichnen.

§ 467. Die E r k e n n t n i s s e der Gerichtspräsidenten sind mit einer kurzen mit der sachlichen Darstellung zu verbindenden Begründung zu versehen. Im Uebrigen ist für die Form derselben die Bestimmung des § 485 maßgebend. Die Erkenntnisse sind den Parteien erst schriftlich mitzutheilen, nachdem das Protokoll von den urtheilenden Richtern genehmigt worden ist.

§ 468. Die Erkenntnisse der Gerichtspräsidenten werden mit der Ausfällung rechtskräftig und es finden gegen dieselben bloß die Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde bei der Appellationskammer des Obergerichtes, der Revision und der Erläuterung statt.

Cf. ad § 60. — Das Verfahren bei einer Kassationsbeschwerde ist schriftlich (§ 663 i. f.). Cf. § 707.

2. Auffallsstreitigkeiten.

§ 469. Das Verfahren der Gerichtspräsidenten als Konkursrichter in Auffallsstreitigkeiten richtet sich nach den Vorschriften des Gesetzes betreffend das Konkursverfahren.

Das Verfahren in „Auffallsstreitigkeiten" ist einläßlich erörtert in meiner Abhandlung: Die Schuldexekution und das Konkursverfahren in der Z. f. schweiz. Gesetzgeb. und Rechtspfl. V. p. 135 ff., besonders p. 152 ff.

§ 470. Kautionen für Prozeßkosten ꝛc. (§§ 265 u. ff.) sind den Parteien immer unter der Androhung aufzulegen, daß im Unterlassungsfalle Anerkennung beziehungsweise Rückzug der erhobenen Einsprache angenommen würde.

C. Verfahren vor dem Bezirksgerichte.

1. Gewöhnliche Zivilprozesse.

§ 471. Bei dem Bezirksgerichte kann keine Streitigkeit anders als durch Einreichung der Weisung anhängig gemacht werden.

Vorbehalten bleiben einzig § 908 und der Fall der Widerklage; war die letztere indessen nicht Gegenstand des Sühnverfahrens, so kann das Gericht dieselbe je nach der Natur des Falles unmittelbar an Hand nehmen oder dem Beklagten zur Beibringung friedensrichterlicher Weisung eine Frist ansetzen unter der Androhung, daß sonst auf dieselbe nicht eingetreten werde.

Cf. §§ 294 und 333. — Kann der Widerbeklagte sofort materiell antworten oder ist die Sache sehr einfach, so wird das Gericht richtiger thun, die Widerklage ohne Weiteres zu behandeln ohne die Partei an die Zollstation des Friedensrichteramtes zurückzuweisen. Präsentirt sich indessen der Rechtsstoff der Widerklage als komplizirt oder ist der Widerbeklagte nicht im Stande auf die Widerklage einzutreten oder scheint ein Vergleich als wahrscheinlich, so mag es wohl passend sein die Nachbringung einer Weisung zu verlangen.

§ 472. In wichtigen und besonders schwierigen Fällen kann der als Referent bestellte Richter, wenn es ohne besondere Belästigung der Parteien geschehen kann, vor der Hauptverhandlung eine Referenten-Audienz veranstalten, in welcher die Parteien bei Vermeidung von Ordnungsstrafe gehalten sind, ihre sämmtlichen Angriffs- und Vertheidigungsmittel vorläufig vorzulegen.

Ueber diese Audienzen wird kein Protokoll geführt.

Die Bestimmung, wonach die sämmtlichen Angriffs- und Vertheidigungsmittel vorläufig vorzulegen sind, hat nicht den Sinn, daß eine Partei, die zu erfolgreicher Durchführung ihrer Klage oder Vertheidigung eine Reihe von Beweissätzen zu stellen und dafür namentlich Zeugen zu benennen genöthigt ist, dies schon vollständig in der Referentenaudienz thue, zumal über die Referentenaudienz kein Protokoll geführt wird und einer Partei nicht zugemuthet werden darf, der andern eine schriftliche Aufzeichnung zuzustellen (Z. XX. p. 373, Erw. 4).

Selbstverständlich hindert der zweite Absatz des § 472 nicht, daß rechtsverbindliche Erklärungen gemacht werden. Immerhin ist Vorsicht anzuempfehlen in der Interpretation dessen, was eine Partei beiläufig sagt.

Die Referentenaudienz vor Handelsgericht nimmt den Charakter einer ersten Hauptverhandlung ein (§ 543).

§ 473. Die Anordnung des Beweisverfahrens erfolgt in der Regel durch **Beweisbescheid**.

Derselbe ist nicht zu begründen, soll aber enthalten:

1. die genaue und vollständige Bezeichnung der einzelnen zu beweisenden Thatsachen oder Rechtssätze;
2. die Bestimmung, welcher Partei der Beweis obliege;
3. die zerstörliche Frist, innerhalb welcher die Beweismittel bei Strafe des Ausschlusses einzulegen oder genau zu bezeichnen sind.

Eine außerordentlich wichtige Frage ist die Regulirung der Beweislast. Ein großer Prozentsatz der Prozesse hängt davon ab. Eine einheitliche Formel zum handlichen Gebrauche hat auch *unsere* Praxis nicht gefunden. Man sagt freilich: der Kläger hat die Klage zu beweisen und der Beklagte die Einreden. Indessen ist damit nichts anzufangen.

Immerhin können nach der Praxis einige Anhaltspunkte bezeichnet werden.

1. Wer ein Recht geltend macht, hat dessen normale Entstehung, nicht aber dessen Fortdauer zu beweisen.

   Freilich liegt ihm der Beweis ob für die Unterbrechung der Verjährung.
2. Wer eine vertragliche Pflicht übernommen hat, ist so lange tenent, bis er beweist, daß ein Grund, der nach Rechtsregeln entschuldigt, ihn daran gehindert habe.
3. In Fällen der sogenannten aquilischen Kulpa muß immer der Ansprechende das Vorhandensein dieser Kulpa nachweisen. Ebenso muß Derjenige, der Dolus behauptet, denselben beweisen — *ausgenommen*, wo es sich um Vertragsverhältnisse handelt (Nr. 2). Freilich ist diese Frage *mit Unrecht* bei uns kontrovers (cf. B. XI. p. 318 und 319 und Z. V. p. 228 und 229 und XIX. p. 262). Darnach wird gesagt:

   Es liegt nicht immer Demjenigen, gegen welchen wegen Nichterfüllung einer übernommenen Verpflichtung ein Anspruch erhoben wird, der Beweis dafür ob, daß die Erfüllung bezw. die Abwendung des Schadens aus Gründen, welche ein Verschulden von seiner Seite ausschließen, unmöglich gewesen sei. Es richtet sich vielmehr die Vertheilung der Beweislast stets nach den Verhältnissen des konkreten Falles, es kommt bei derselben darauf an, ob für das Vorhandensein einer Verschuldung oder für das Fehlen solcher größere Wahrscheinlichkeit bestehe und bei Beantwortung dieser Frage ist der Grad der Verschuldung, für den der Beklagte haftet, zu berücksichtigen.

Cf. hiergegen Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Zivilprozeß (1805) p. 248—252. Ich habe mich gegen die zitirte zürcherische Praxis schon in meinem Telegraphenrechte (zweite Auflage) p. 111/112 Anm. 32 ausgesprochen.

4. Wird vom Kläger ein perfektes Rechtsgeschäft behauptet vom Beklagten aber eine Suspensivbedingung vorgeschützt, so hat Kläger das Dasein des perfekten Geschäfts zu beweisen.

Das Vorhandensein einer Resolutivbedingung muß Derjenige beweisen, der sie behauptet.

a) B. XVIII. p. 461.

Die Beklagten setzen der an sie gestellten Kaufpreisforderung die Behauptung entgegen, der fragliche Kauf sei nur unter dem Vorbehalte abgeschlossen worden, daß die gekaufte Waare für ihr Geschäft nach gemachter Probe als tauglich sich herausstelle, was nun aber nicht der Fall sei. Die Kläger bestreiten die Vereinbarung eines solchen Vorbehaltes und behaupten Abschließung eines festen unbedingten Kaufes. Es kommt daher vor Allem in Frage, wem der Hauptbeweis obliege. Gesetzt, es sei der bezeichnete Vorbehalt als Suspensivbedingung aufzufassen, so würde den Klägern der Beweis dafür, daß eine solche Bedingung nicht vereinbart worden oder mit andern Worten dafür, daß der Kaufvertrag definitiv zu Stande gekommen und perfekt geworden sei, als nothwendig zur Herstellung ihres Klagegrundes obliegen, so würde sich die Sache jedenfalls anders verhalten und es müßte die Beweislast die Beklagten treffen, wenn der fragliche Vorbehalt nur als Resolutivbedingung erscheinen würde. Es wäre der Kauf somit zunächst, auch wenn jener Vorbehalt wirklich vereinbart worden ist, als definitiv abgeschlossen und perfekt anzusehen und es wäre nur eine Wiederaufhebung dieses Kaufes durch einseitigen Rücktritt der Beklagten nach dem fraglichen Vorbehalte möglich gewesen. Die Eingehung der Bedingung würde in diesem Falle als Grund eines besondern dem durch das Geschäft zunächst gebundenen Beklagten zustehenden Rechtes erscheinen.

Unter diesen Umständen hängt die Entscheidung des Prozesses davon ab, ob Kläger den Beweis dafür, daß der Kauf unbedingt abgeschlossen oder doch an keine Suspensivbedingung der bezeichneten Art geknüpft worden sei, Beklagte, falls Kläger den ihnen obliegenden Beweis geleistet haben, den Beweis dafür, daß eine Resolutivbedingung in dem angegebenen Sinne vereinbart und in Erfüllung gegangen sei, erbracht haben.

b) Z. VII. p. 389.

Die Beweislast trifft den Beklagten dafür, daß der Kauf mit einer Resolutivbedingung abgeschlossen also verabredet sei, der Vertrag solle wieder aufgelöst werden, sofern der Käufer die Waare mißbillige.

c) Z. XII. p. 172.

Da Kläger den Abschluß eines festen unbedingten Kaufes geltend macht, Beklagter dagegen behauptet, es sei nur eine Offerte von Seite des Klägers erfolgt oder doch der Kauf bloß auf Probe, auf Gefallen hin abgeschlossen worden und hievon, da Beklagter unbestrittenermaßen rechtzeitig erklärt hat, die Pferde gefallen nicht, die Entscheidung des Prozesses abhängt, so hat Kläger dafür den Beweis zu leisten, daß der Kauf fest und nicht unter einer Suspensivbedingung abgeschlossen worden sei, während es nach Leistung dieses Beweises dann Sache des Beklagten wäre, die Beifügung einer Resolutivbedingung zu beweisen.

5. Die Beweislast wird modifizirt durch positive Rechtsvermuthungen. Im zürcherischen Prozesse werden unterschieden:
   a) Rechtsvermuthungen z. B. § 132 des Zivilgesetzes.
   b) Gesetzliche Interpretationsregeln §§ 500, 800 und 1214 cit.
   c) Gemeine Vermuthungen, die sich auf allgemeine Normen in Handel und Wandel stützen. Dahin gehören z. B. Vermuthungen der Zahlung:
      α) bei offenem Markte (bei Vieh- und Getreidekauf 2c.);
      β) bezüglich des Lohnes von Dienstboten bei gewissen zeitlichen Zäsuren;
      γ) bezüglich Kostgeldsforderungen.

   Das ganze wichtige Detail ist zusammengestellt bei Ullmer Zivilprozeß p. 181—188. Dazu kommen die vielen Usancen des Handelsverkehrs (R.-B. 1879, Nr. 70, 72 und 73). Speziell sind zu nennen die Usancen der Effekten- und Getreidebörse, sowie die Vereinbarung der Spinner.
6. Die Beweislast wird geändert in Folge von erheblichen Versäumnissen einer Partei. Z. B.:
   a) § 1422 des Civ.-Ges.
   b) § 1808 cit.
   c) § 177 des Rechtstriebsgesetzes (cf. meine Abhandlung in Z. für schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege V. p. 114). In dem § 177 zit. ist offenbar nur von Schadenersatzansprüchen die Rede, welche sich auf solche Fehler oder Versäumnisse des Schuldbetreibungsbeamten beziehen, die ein zur Befriedigung des Gläubigers nicht geeignetes Ergebniß der Betreibung entweder schon zur Folge gehabt haben oder doch befürchten lassen (Appellationskammer Huy 2. Juli 1881). Wenn es sich also handelt um eine Klage auf Herausgabe dessen, was der Gemeindammann als Beauftragter der Pfandgläubiger für deren Rechnung vermittelst einer mit Erfolg durchgeführten Betreibung erlangt hat, so unterliegen derartige Klagen der Auftraggeber oder Rechtsnachfolger auf Herausgabe des Ergebnisses dieser Betreibung der Verjährungsfrist von sechs Monaten nicht.
7. Es ist bezüglich des § 1802 des Zivilgesetzes (Appellationskammer 4. Dezember 1880 Müller und Knoblauch) erkannt worden:

   Aus der Fassung von § 1802 geht klar hervor, daß der Bürge sofern er behaupten will, daß ihm durch den Verzicht des Gläubigers auf die bestellte Sicherheit für die Schuld Schaden entstanden sei, diesen Schaden, sofern er überhaupt den Gläubiger dafür verantwortlich machen will, einzuklagen und nachzuweisen hat.
8. Es ist hinzuweisen auf die modernen Spezialgesetze betreffend die Haftpflicht der Eisenbahnen und Dampfschiffe, sowie der Fabrikherren. Darin sind die Grundsätze über Beweislast umgekehrt worden. Sie bilden jus cogens.
9. Durch Verträge können die Grundsätze über die Beweislast abgeändert werden, soweit nicht absolut bindende Rechtssätze daran hindern (cf. Nr. 8).

Nach dem Gesagten ist in jedem einzelnen Falle genau zu erwägen, welcher Partei der Hauptbeweis aufzulegen sei.

§ 474. Sind sämmtliche Beweismittel in der Hauptverhandlung genügend bezeichnet, so unterbleibt der Erlaß des Beweisbescheides und werden sofort die zur Abnahme der Beweise nöthigen Anordnungen getroffen.

Ebenso ist, wenn eine Partei sich lediglich noch die Bezeichnung weiterer Beweismittel vorbehalten hat, ein Beweisbescheid nicht zu erlassen, sondern bloß noch eine kurze Frist hiefür zu gestatten.

Die einzelnen Beweismittel sind früher (cf. § 349—430) erörtert worden. Zu den dort aufgezählten Beweisen kommt weiter in Frage:

a) Alles dasjenige, was notorisch also dem Richter als vernünftigem Menschen ebenfalls bekannt ist: die Jurisprudenz ist eben nicht „die Kunst methodisch nicht zu wissen, was aller Welt bekannt ist.“ Dagegen ist — und dies muß scharf betont werden — indifferent, ob der Richter vermöge Besprechungen mit Parteien oder Bekannten oder aus zufälligen Gründen oder ob er aus eigener außergerichtlicher Anschauung etwas wisse: qua Richter darf er dies nicht im Urtheile verwerthen. In einem solchen Falle mag er unter Umständen als Zeuge angerufen werden.

Was aber der Richter aus amtlichen Akten ersieht, das kann er beim Urtheile berücksichtigen.

b) Der Beweis durch Indizien. Es wird auf Grund der gewöhnlichen Sinnes- und Denkesart der Menschen von einer festgestellten Thatsache auf eine andere geschlossen. Die Indizien spielen eine große Rolle im Strafprozesse, aber auch im Zivilprozesse z. B. bei der Beurtheilung von fingirten und simulirten Rechtsgeschäften.

Der Kanton Zürich kennt den Eid als Beweismittel nicht mehr (cf. Orelli: Studien über den gerichtlichen Eid, Zürich 1858, speziell p. 39 ff.). Früher bestand der Eid noch im Paternitätsprozesse. Das neue Prozeßgesetz hat ihn auch hier nicht mehr zugelassen. Dafür wird jetzt die Vaterschaftsklägerin als „Zeuge“ abgehört (§ 523). Der Eid ist bei uns überall unstatthaft (cf. § 736 und Z. XXIII. p. 319). Man wird wohl kaum sagen, daß bei uns wirkliche Nachtheile zu Tage getreten seien deßwegen, weil wir den Eid nicht mehr kennen (cf. auch Z. VI. p. 460 ff.). Man kann gegenwärtig auch die Meinung vertreten, daß der Eid durch Art. 49 der Bundesverfassung abgeschafft sei. Freilich ist diese Ansicht diskutabel.

Im eidgenössischen Zivilprozeßgesetz ist der Eid noch als Beweismittel anerkannt (cf. §§ 146—150, 153 und 154).

Der Entscheid darüber, welche Beweismittel zulässig seien, unter welchen Voraussetzungen sie zugelassen werden dürfen, welches Gewicht ihnen beizulegen sei u. s. w., richtet sich lediglich nach dem Prozeßgesetze des Ortes, wo der Prozeß geführt wird (Z. XXIII. p. 319 und Seuffert XI. Nr. 303, XIII. Nr. 182, XXII. Nr. 80, XXIII. Nr. 66).

§ 475. Die Leitung des Beweisverfahrens behufs Vorbereitung der Schlußverhandlung ist, soweit das Gesetz nicht einzelne Handlungen dem gesammten Gerichte zuweist, Sache des Gerichtsvorstandes.

Ausnahmsweise können diese Funktionen mit Zustimmung des Obergerichtes auch dem Vizepräsidenten oder andern Mitgliedern des Gerichtes bleibend übertragen werden.

§ 476. Der Instruktionsrichter ist ermächtigt, von sich aus Fristen und Tagfahrten anzusetzen, Versäumungsbescheide zu erlassen und Ordnungsbußen aufzulegen.

§ 477. Dagegen ist es Sache des Gerichtes, auf schriftlichen oder mündlichen Bericht und Antrag des Instruktionsrichters Beschluß zu fassen über:

1. die Erheblichkeit der Beweissätze und die Zulässigkeit der Beweismittel;
2. die Ernennung von Sachverständigen im Falle von Ablehnungen durch die Parteien, die Vervollständigung des Befundes und die Anordnung von Oberexpertisen;
3. die Pflicht zur Vorlegung von Urkunden;
4. die Anordnung eines Augenscheines.

Die diesfälligen Beschlüsse dürfen weder mit einer Aufzählung der gemachten Beweisanerbieten und Bestreitungen noch mit einer Begründung versehen werden, und sind lediglich im Endurtheile zu rechtfertigen.

§ 478. Die Parteien haben innerhalb der Beweisfrist die Beweismittel, soweit sie nicht schon in der Hauptverhandlung benannt oder eingereicht worden (§§ 333 u. ff.), in schriftlicher Eingabe unter genauer Bezugnahme auf den Beweisbescheid zu bezeichnen und, so weit sie in ihren Händen liegen oder ohne gerichtliche Hülfe erhältlich sind, einzureichen.

Selbstverständlich unterliegt auch die Beweisinstanz den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime (cf. §§ 286 und 333). Es ist also Sache der Parteien, die Beweismittel herzuschaffen. Dies ist nachdrücklich zu betonen. Soweit die Beweismittel ohne den Richter erlangt werden können, sind sie direkt von den Parteien einzuziehen. Immerhin muß dies in komplizirten Fällen cum grano salis verstanden werden.

Aus § 478 ergibt sich zur Evidenz, daß eine Partei mit denjenigen Beweismitteln, die sie schon in der Hauptverhandlung oder im schriftlichen Vorverfahren benannt oder eingereicht hat, nie ausgeschlossen werden kann, ausgenommen, es würde sich ergeben, daß in der Beweisinstanz darauf verzichtet worden sei. Das Gesetz fordert auch keineswegs eine nochmalige Bezeichnung der schon in der Hauptverhandlung angerufenen und aus dem Protokoll oder den Rechtsschriften ersichtlichen Beweismittel (Z. XXII. p. 281). Diese Praxis ist wiederholt bestätigt worden (Appellationskammer Till 24. September 1878, Wyler 28. Juni 1879).

Diese Praxis schließt freilich die Befugniß des Gerichtes nicht aus, daß es eine Partei z. B. in verwickelten Fällen auffordert, alle Beweise einheitlich zu bezeichnen. Ebenso dürfen in dem Falle, daß Litiganten mehrere Beweiseingaben binnen einer und gleichen Frist machen, diese Eingaben zur Zusammenfassung zurückgewiesen werden. Aber niemals darf in diesen Fällen Präklusion angedroht werden, sondern höchstens Ordnungsbuße. Es handelt sich hier eben bloß um die Herstellung prozessualischer Ordnung.

Natürlich müssen solche Beweise in der Beweisinstanz nicht etwa unter dem Präjudiz des Verzichts angetreten werden, welche in dem Beweisdekrete nicht verlangt werden. Die betreffende Partei mag einfach eine Remedur des Beweisinterlokuts beantragen oder ihre Beschwerde darüber bis auf die zweite Instanz versparen.

§ 479. Die rechtzeitig eingekommene Beweisantretungsschrift wird dem Gegner in Abschrift mitgetheilt und demselben eine Frist angesetzt, um bei Strafe des Ausschlusses:

1. seine Einwendungen gegen die vom Beweisführer aufgestellten Beweissätze und die dafür angerufenen Beweismittel unter kurzer aber genauer Angabe der Einsprachsgründe vorzubringen;
2. allfällig erst durch diese Beweiseingabe veranlaßte Gegenbeweise, wie namentlich hinsichtlich der Glaubwürdigkeit benannter Zeugen, einzureichen, beziehungsweise genau zu bezeichnen.

Die Beweiseingaben müssen bestimmt formulirte, möglichst concis gefaßte Beweissätze enthalten. Immerhin kann man sich an das Beweisthema anlehnen und z. B. Beweismittel „ad Disp. 1 oder 2 conform der Auflage" anrufen. Natürlich ist dieses abgekürzte Mittel dann nicht statthaft, wenn die Auflage z. B. alternativ gefaßt ist. In diesem Fall muß die Partei genau erklären, was sie beweisen will.

Die Beweisantretungsschriften sind unter den Parteien erst dann auszuwechseln, wenn die erste Beweisfrist verstrichen ist, sonst würde die eine Partei vor der andern bevorzugt.

Werden in der Beweisinstanz weitschichtige Akten produzirt oder wird auf eine Strafprozedur abgestellt u. s. w., so ist es natürlich Sache des Produzenten, die Stellen genau anzugeben, auf welche er sich berufen will.

§ 480. Die Beweiseinwendungsschrift wird dem Beweisführer abschriftlich mitgetheilt und damit in der Regel der Schriftenwechsel im Beweisverfahren geschlossen.

Je nach dem Ergebniß des Schriftenwechsels ordnet sodann der Instruktionsrichter das weiter zur Vorbereitung der Schlußverhandlung Erforderliche an.

§ 481. Zu einem gerichtlichen Akte, welcher außerhalb des Sitzungslokales vorgenommen werden muß, die Hauptverhandlung ausgenommen, kann das Gericht je nach Umständen eines oder zwei seiner Mitglieder nebst der Kanzlei als Abordnung bestellen.

In diesen Fällen haben sich die Parteien in ihren Vorträgen auf dasjenige zu beschränken, was durch Wahrnehmung an Ort und Stelle sich erhärten läßt und jedes weitere zum Verständniß der Handlung nicht unumgänglich nothwendige Eintreten auf die Sache zu vermeiden.

§ 482. Die Zeugen und Sachverständigen werden, wenn der Beweisführer durch einen Rechtskundigen vertreten ist, von diesem Letztern abgehört. Nach Beendigung der Einvernahme steht dem Gegner frei, ebenfalls sachbezügliche Fragen zu stellen. Der Gerichtsvorstand hat das Recht, von sich aus oder auf Verlangen eines Richters Fragen einzuschieben oder nachzuholen.

Bei dem eigenthümlichen Institut der zürcherischen Advokatur entsteht freilich zuweilen die Frage, ob der „Advokat" einer Partei ein „Rechtskundiger" sei. Die Remedur vide in § 483.2. — Ich bin der Ansicht, daß es weit richtiger wäre, in allen Fällen die Abhörung von Zeugen und Experten dem Gerichtsvorstande zu überlassen. Die gegenwärtige Einrichtung ist eine Nachahmung englischer Zustände. Die Parteien und ihre Vertreter verfallen leicht in Einseitigkeit und dieselbe theilt sich auch der Abhörung mit. Der Magistrat steht über den Parteien.

§ 483. Wenn die beweisführende Partei nicht durch einen Rechtskundigen vertreten oder ausgeblieben ist, so werden die Zeugen und Sachverständigen durch den Gerichtsvorstand einvernommen

Ebenso kann eine Partei, deren Vertreter sich unfähig zeigt oder beharrlich gegen die bestehenden Vorschriften verstößt, angehalten werden, ihre Fragen durch den Präsidenten stellen zu lassen.

§ 484. In das Protokoll über die Hauptverhandlung sind die Parteivorträge möglichst genau, jedoch mit Weglassung der Wiederholungen, aufzunehmen.

In der Schlußverhandlung werden lediglich die Anträge, neue thatsächliche Behauptungen und neue Rechtsausführungen protokollirt, andere Erklärungen nur, soweit deren Aufnahme auf Antrag bewilligt, oder von Amteswegen angeordnet wird.

Verfügungen des Instruktionsrichters dürfen in den Beweiseingaben niedergelegt werden, sind aber im Protokollhefte zu zitiren.

Cf. § 431—436.

§ 485. Das Urtheil muß enthalten:

1. die Bezeichnung des Gerichtes und die Namen der erkennenden Richter;
2. die Bezeichnung der Parteien nach Tauf- und Geschlechtsnamen, Beruf, Heimats- und Wohnort, sowie ihrer Vertreter;
3. die Streitfrage;
4. eine gedrängte Darstellung der wesentlichen thatsächlichen Verhältnisse unter Anführung der Schlußanträge der Parteien;
5. die rechtliche Würdigung derselben (die Entscheidungsgründe);
6. den Entscheid des Gerichtes über die Sache selbst, die Festsetzung der Staatsgebühr, den Entscheid über die Kosten und die Entschädigung (Dispositive);
7. das Datum der Sitzung, in welcher das Urtheil gefällt wurde.

In einfachern Fällen jedoch, und wo es zur Abkürzung dient, darf die thatsächliche Darstellung auch mit den Entscheidungsgründen verschmolzen werden.

Das Urtheil muß grundsätzlich einen unbedingten klaren und unverklausulirten Abschluß des Prozesses darstellen (cf. indessen § 442.2). — Cf. ad § 741.

Es ist durchaus nicht rathsam, die Reflexionen des Gerichtes (die „Erwägungen") mit dem faktischen Theile zu verschmelzen. Ein Urtheil muß ein abgerundetes gut disponirtes und stilistisch korrektes Opus darstellen. Man sollte darauf größere Sorgfalt verwenden, als dies bei uns zuweilen geschieht.

Der Inhalt eines Urtheils wird endgültig durch dessen Protokollirung und durch Genehmigung des Protokolls von Seite des Gerichtes festgestellt. Wenn bei der mündlichen Berathung des Gerichtes Ansichten geäußert worden sind, die mit der im genehmigten Protokoll enthaltenen Fassung des Urtheils im Widerspruch stehen, so sind dieselben als durch die Protokollirung und deren Genehmigung berichtigt zu betrachten. Eine nachträgliche Ermittlung des Inhaltes der mündlichen Berathung, die zudem in vielen Fällen nicht zuverlässig oder geradezu nicht möglich wäre, ist daher ausgeschlossen (R.-B. 1879. Nr. 74 cf. auch R.-B. 1878. Nr. 93).

§ 486. Die Urtheile der Bezirksgerichte können durch das Rechtsmittel der Berufung an die Appellationskammer des Obergerichtes gezogen werden.

Cf. §§ 664—682.

2. Schriftliches Vorverfahren.

§ 487. Wenn es wahrscheinlich ist, daß eine Prozeßsache wegen allzu großer Ausdehnung oder Verwickelung der thatsächlichen Verhältnisse durch eine mündliche Verhandlung nicht genügend aufgeklärt würde, so kann der Gerichtsvorstand anstatt der Hauptverhandlung sowohl von Amteswegen als auf den Antrag einer Partei ein schriftliches Vorverfahren anordnen.

Das schriftliche Vorverfahren ist exceptionell gestattet.

§ 488. Das Gesuch um Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens ist so früh als möglich und jedenfalls noch so rechtzeitig zu stellen, daß den Parteien die Ladungen zum Hauptverfahren wenigstens zwei Tage vor demselben abgenommen werden können.

§ 489. Das Gesuch kann mündlich oder schriftlich vorgebracht werden. Dasselbe muß bescheinigt sein.

Tragen beide Parteien gemeinsam auf ein schriftliches Vorverfahren an, so kann der Gerichtspräsident einem solchen Gesuche in der Regel ohne weitere Nachweise entsprechen.

§ 490. Gegen den Entscheid des Gerichtspräsidenten über Gestattung oder Verweigerung des schriftlichen Vorverfahrens ist kein Rekurs zulässig.

§ 491. Die allgemeinen Vorschriften über die Hauptverhandlung finden analoge Anwendung auf das schriftliche Vorverfahren. Es sind jedoch die thatsächlichen Verhältnisse in gedrängtester Kürze und mit Weglassung aller unerheblichen Umstände darzustellen und es dürfen die rechtlichen Gesichtspunkte bloß insoweit angedeutet werden, als es zum Verständniß des Rechtsstreites unumgänglich nöthig ist; alle weiteren Ausführungen dagegen sind auf die mündliche Schlußverhandlung zu versparen.

Im Allgemeinen gelten auch hier die Ausführungen über die Hauptverhandlung (§ 329 ff). An die Stelle der mündlichen Erörterungen treten hier die Schriftsätze. Auch diese sollen „kurz, nervose und deutlich" redigirt werden.

Selbstverständlich ist regelmäßig auch in diesem Verfahren schriftliche Replik und Duplik zu gestatten. Unter Umständen kann aber der Schriftenwechsel schon nach der Klageantwort geschlossen werden (§ 496).

§ 492. Das schriftliche Vorverfahren wird durch den Instruktionsrichter geleitet.

§ 493. Jede Partei hat ihre Rechtsschrift in doppelter Ausfertigung und unter Beilegung und genauer Bezeichnung der sachbezüglichen Urkunden einzureichen.

Das eine Exemplar wird den Prozeßakten beigelegt, das andere der Gegenpartei zur Beantwortung innert Frist mitgetheilt und ihr dabei freigestellt, die Akten auf der Gerichtskanzlei einzusehen.

§ 494. Ungebührlich weitläufige Parteischriften sollen nicht angenommen, sondern der betreffenden Partei unter Auflegung einer Ordnungsstrafe und Ansetzung einer kurzen Frist zur Umarbeitung zurückgestellt werden.

Cf. § 154 und ad § 165.

§ 495. Alle Fristen sind zerstörlich anzusetzen und es ist dabei thunlichst auf Förderung des Prozesses Bedacht zu nehmen. Insbesondere können mit diesen Fristansetzungen diejenigen Auflagen verbunden werden, welche geeignet sind, die sofortige Abnahme allfälliger Beweise zu ermöglichen.

Die zerstörliche Wirkung tritt nicht ohne Weiteres ein, wenn innerhalb der Frist nur eine Ausfertigung eingereicht worden ist (Beschluß der Appellationskammer Weber 26. Juni 1880).

§ 496. Nach dem Schriftenwechsel, welcher unter Umständen schon nach der Klagebeantwortung geschlossen werden kann, ordnet das Gericht ohne weitere mündliche Parteiverhandlung entweder das Beweisverfahren oder, wenn die Akten spruchreif sind, die Schlußverhandlung an.

Früher war es ausnahmsweise gestattet, eine Verhandlung auch dann anzuordnen, wenn die Einleitung eines Beweisverfahrens bevorstand (Z. XIX. p. 364/5). Das jetzige Gesetz verbietet dies kategorisch.

Das Appellationsverfahren unterliegt auch in denjenigen Fällen, wo Schriftsätze gemäß §§ 487—496 erlaubt sind, den gewöhnlichen Vorschriften (§§ 664—682).

3. Ehescheidungsprozeß.

§ 497. Die Scheidungsklage eines Ehegatten oder das Scheidungsbegehren beider Ehegatten ist bei dem Friedensrichter des Wohnortes des Ehemannes, und wenn derselbe außerhalb des Kantons wohnt, bei dem Friedensrichter des Heimatsortes einzuleiten.

Ich verweise hier zunächst auf Ullmer Supplementband Nr. 2763 ff., auf König Kommentar I. p. 84 ff. und Barilliet: **Leçons sur l'état civil, le mariage et le divorce (Genève 1879).**

Cf. ad § 209 und Art. 43 des Bundesgesetzes über Zivilstand und Ehe. Diese letztere Gesetzesbestimmung schafft absolutes Recht (cf. ad § 221). Eine Prorogation des Gerichtsstandes ist also unzulässig. — Das Verfahren ist hier nicht öffentlich (§ 144.2). — Cf. § 367.

§ 498. Wenn die Scheidung aus Gründen verlangt wird, welche einen Aussöhnungsversuch von vorneherein ausschließen (z. B. Wahnsinn, Unbekanntheit des Aufenthaltsortes), so hat der Friedensrichter dem klagenden Ehegatten ohne Weiteres die Weisung an das Gericht zuzustellen.

Hieher ist der Fall nicht zu zählen, da der eine Theil z. B. in Amerika wohnt, wenn der Aufenthaltsort dort genau bekannt ist.

§ 499. In allen andern Fällen hat der Friedensrichter zwei Sühnversuche anzuordnen, von denen der zweite in der Regel nicht früher als vier Wochen nach Beendigung des ersten stattfinden darf.

Da durch § 62 Ziff. 10 des Bundesgesetzes über Zivilstand und Ehe alle damit in Widerspruch stehenden kantonalen Gesetze und Verordnungen aufgehoben sind, so frug es sich, ob die durch das zürcherische Gesetz vorgeschriebene dreimonatliche Frist (cf. auch § 502.2) als dahin gefallen betrachtet werden müsse. Das Obergericht schwankte zuerst, entschied sich dann aber (R.-B. 1876 p. 116 Nr 39) mit Mehrheit dahin, daß die sämmtlichen Vorschriften, welche das Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege für das Sühnverfahren in Ehescheidungsfällen enthält, somit auch diejenigen des § 502, auch seit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes betreffend die Ehe noch zur Geltung kommen und zwar aus folgenden Gründen:

Die Appellationskammer des Obergerichtes hat sich zwar am 1. Februar 1876 in Sachen der Eheleute Heß, dem bisherigen einzigen Falle einer Beschwerde über das Festhalten der dreimonatlichen Frist des § 502 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege auch unter der Herrschaft des Bundesgesetzes betreffend Zivilstand und Ehe, welcher an dieselbe gelangte, durch die offenbare Härte, welche in jenem Falle in dem Festhalten an der genannten Frist lag, bestimmen lassen, diese Frist als dahingefallen zu erklären, wenigstens in den Fällen, wo nach dem zitirten Bundesgesetze eine Ehe auf das Begehren des einen Ehegatten getrennt werden muß.

Bei einer einläßlichen Prüfung der Sache kann aber an den dort niedergelegten Grundsätzen nicht festgehalten werden.

Wenn auch dahin gestellt bleiben mag, ob nicht angesichts des Art. 62 lit. 10 des zitirten Bundesgesetzes, obgleich dasselbe allerdings wesentlich

12

nur das materielle Ehescheidungsrecht regelt, dennoch Vorschriften der kantonalen Gesetzgebung, wie diejenigen des zitirten § 502, als aufgehoben zu betrachten seien, aus dem Grunde, weil sie geeignet seien, das materielle Recht zu verkümmern oder doch in ungebührlicher Weise zu erschweren, so ist auf der andern Seite zu beachten, daß die Vorschriften der zürcherischen Zivilprozeßordnung betreffend den Ehescheidungsprozeß jedenfalls nicht solche sind, welche etwa gemäß Art. 60 des zitirten Bundesgesetzes der Genehmigung des Bundesrathes bedürften, schon aus dem Grunde nicht, weil sie keine Vollziehungsvorschriften zu genanntem Gesetze sind, — also auch anzuerkennen, daß der zürcherische Richter dieselben mit Inbegriff des § 502 weiter anwenden darf, sofern er sie nicht für unvereinbar hält mit dem materiellen Bundesrechte.

Weiter ist zuzugeben, daß der cit. § 502 in die zürcherische Gesetzgebung hineinkam in Folge der Vorlegung (vor den Kantonsrath) eines Gesetzesentwurfes, welcher die Ehescheidung gegenüber den Bestimmungen des privatrechtlichen Gesetzbuches wesentlich im Sinne der gegenwärtigen Bundesgesetzgebung erleichtern wollte, als Sicherheitsvorschrift gegen allfällige übereilte Scheidungsbegehren und Scheidungen. Wenn daher auch in einzelnen Fällen derselbe eine Härte enthält, so war dies eine mit Bewußtsein herbeigeführte, welche seit der Geltung des zitirten Bundesgesetzes nicht größer geworden ist, und der zürcherische Richter wird im Zweifel besser thun, sein Gesetz, auch wo es hart ist, anzuwenden, so lange nicht diejenige Instanz, welche an oberster Stelle über richtige Anwendung des Bundesgesetzes zu wachen hat, jenes als mit diesem unvereinbar erklärt haben wird, — dies um so eher als die Konsequenz dazu führen müßte, nicht zwar das Sühnverfahren überhaupt im Ehescheidungsprozesse als im Widerspruche mit den Bestimmungen des Bundesgesetzes stehend, wohl aber die dreimonatliche Frist des § 502 als in allen Fällen, nicht bloß in denjenigen des Art. 46 des Bundesgesetzes als unhaltbar zu erklären, da, sofern in jener Frist eine Verkümmerung des materiellen Ehescheidungsrechtes zu finden ist, solche ebenso so gut in Fällen eines gemeinsamen Scheidungsbegehrens und in den Fällen des Art. 47 daselbst zu finden wäre, indem nicht abzusehen ist, warum nicht Ehegatten, deren ferneres Zusammenleben als mit dem Wesen der Ehe unverträglich, oder deren eheliches Verhältniß als tief zerrüttet erscheint, ebenso schnell sollen geschieden werden können wie solche, bei welchen eine der in Art. 46 daselbst verzeichneten Bedingungen zutrifft.

§ **500.** Die Ehegatten sind, wenn sie im Kanton wohnen, verpflichtet, persönlich, und auf Verlangen des Friedensrichters oder einer Partei wenigstens einmal gleichzeitig zum Sühnversuche zu erscheinen.

Wohnen die Ehegatten außer dem Kanton, so kann der Friedensrichter den Sühnbeamten ihres Wohnortes um Vornahme der Sühnversuche angehen.

Wird einem solchen Gesuche aber nicht entsprochen, oder wohnen die Ehegatten entfernt von einander, so hat er die Sühnversuche auf schriftlichem Wege zu veranstalten.

§ **501.** Der Friedensrichter hat darüber, ob und wann Sühnversuche stattgefunden haben, und daß sie erfolglos geblieben seien, an seinem Protokolle (§ 296) kurz Vormerk zu machen.

Hat das Sühnverfahren den Rückzug der Klage oder des Scheidungsbegehrens zur Folge, so ist dieser von dem Kläger,

beziehungsweise von beiden Ehegatten am Protokolle zu unterzeichnen; von der außer der Gemeinde des Friedensrichters wohnenden Partei genügt indessen die Einsendung einer schriftlichen Erklärung.

Vergleiche sind nur insofern an das Protokoll zu nehmen, als eine Partei es verlangt.

§ 502. Ein bei dem Friedensrichter eingeleitetes, einseitiges oder gemeinsames Scheidungsbegehren, welches Sühnversuche zur Folge gehabt hat, kann als erledigt abgeschrieben werden (§ 315), wenn der klagende Ehegatte, beziehungsweise einer der Ehegatten nicht innerhalb dreier Monate nach der Einleitung das bestimmte Begehren um Ausfertigung der Weisung stellt.

Ist dagegen das Begehren rechtzeitig gestellt worden, so hat der Friedensrichter zwar noch den Ablauf der dreimonatlichen Frist abzuwarten, dann aber die Weisung ungesäumt auszustellen.

Wenn der Friedensrichter die dreimonatliche Frist nicht innehält, diese aber bis zur gerichtlichen Hauptverhandlung verstrichen ist, so kann die Klage materiell behandelt werden (Appellationskammer 19. Dez. 1878).

§ 503. Die Weisung ist wörtlich in das Protokoll einzutragen und demjenigen Ehegatten zuzustellen, welcher die Ausfertigung derselben begehrt hat.

Die Weisung soll genau bezeichnen:

1. die Namen, den Wohn- und Heimatsort der Parteien;
2. die klagende Partei und den angerufenen Scheidungsgrund;
3. den Zeitpunkt der Einleitung der Klage, der angestellten Sühnversuche, des Begehrens um Ausfertigung der Weisung und der Aushingabe derselben;
4. das Gericht, bei welchem die Weisung einzureichen ist.

Trotz der Bestimmung sub Ziffer 2 („und den angerufenen Scheidungsgrund") kann die Klage auch auf andere Gründe als die in der Weisung aufgeführten gestützt werden (Z. XX. p. 169).

§ 504. Die Scheidungsklage oder das Scheidungsbegehren kann nur innerhalb dreier Monate, vom Tage der Aushingabe der Weisung an gerechnet, durch Einreichung derselben bei dem zuständigen Gerichte anhängig gemacht werden.

Der Weisung ist in allen Fällen ein amtlicher Auszug aus den Zivilstandsregistern beizulegen, aus welchem der Zeitpunkt, wann die Ehe geschlossen wurde, und Namen und Alter der aus ihr hervorgegangenen Kinder ersichtlich sind.

§ 505. Ist eine Klage oder ein Scheidungsbegehren zurückgezogen, oder sonst als erledigt abgeschrieben, oder nicht rechtzeitig bei Gericht anhängig gemacht worden, so muß bei Er-

neuerung der Klage oder des Begehrens das Sühnverfahren wiederholt werden.

Cf. § 504.

§ 506. Zuständig zur Durchführung des Scheidungsprozesses ist das Bezirksgericht des Wohnortes des Ehemannes, oder wenn derselbe zwar Kantonsangehöriger ist, aber außer dem Kanton wohnt oder sich aufhält, das Bezirksgericht des Heimatsortes.

Halten sich beide Ehegatten außerhalb des Kantons auf, so kann das Obergericht das zuständige außerkantonale Gericht zur Behandlung der Scheidungsklage ermächtigen, sofern beide Parteien damit einverstanden sind.

Cf. ad §§ 209 und 497.

§ 507. In der Regel werden nur Scheidungsklagen und Scheidungsbegehren von Kantonsbürgern von dem Gerichte an Hand genommen.

Nichtkantonsbürger, welche im Kanton niedergelassen sind, haben, bevor ihre Klage auf Ehescheidung oder ein Ehescheidungsbegehren über die Vermittlungsversuche hinaus von dem Gerichte an Hand genommen wird, vorerst eine Bewilligung ihrer heimatlichen Obrigkeit zur hierseitigen Behandlung des Scheidungsprozesses vorzuweisen.

Ist ausnahmsweise nur der eine Theil Kantonsbürger, z. B. wenn die Ehe einer Kantonsbürgerin mit einem Nichtkantonsbürger in dessen Heimat nicht anerkannt wird, so ist, bevor eine Ehescheidungsklage von dem Gerichte an Hand genommen wird, vorerst dem Obergerichte Bericht zu erstatten, welches sodann im Einverständnisse mit dem Regierungsrathe die nöthige Anweisung ertheilt.

Diese Gesetzesbestimmung ist nunmehr durch das eidgenössische Gesetz erheblich modifizirt. Einer Delegation der Jurisdiktion bedarf es bei der Scheidungsklage eines Schweizerbürgers nicht mehr, wohl aber bei einer solchen von Nichtschweizern. Art. 56 des eidgen. Gesetzes sagt:

> In Bezug auf Ehen zwischen Ausländern darf eine Scheidungs- oder Nichtigkeitsklage von den Gerichten nur dann angenommen werden, wenn nachgewiesen wird, daß der Staat, dem die Eheleute angehören, das zu erlassende Urtheil anerkennt.

Eine solche dem Urtheile vorausgehende Anerkennung stellt Frankreich als katholischer Staat nie aus. Da durch Urtheile über Ehescheidungen nicht über reine Privatrechte entschieden wird, sondern auch Verhältnisse berührt werden, welche theilweise dem öffentlichen Rechte angehören, so ist selbstverständlich, daß der Staatsvertrag mit Frankreich nicht auch auf den Vollzug der Scheidungsurtheile bezogen werden kann (R.-B. 1876 p. 119, Nr. 42). Auch das deutsche Reich spricht jene Anerkennung nicht aus (cf. Z. des bern. Juristenvereins, fortges. von Zeerleder XVII. p. 186—190). Nach § 568 der deutschen Zivilprozeßordnung ist für Ehesachen dasjenige Gericht, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ausschließlich zuständig. Dieser allgemeine Gerichtsstand wird nicht durch

die Nationalität, sondern nach § 13 cit. lediglich durch den Wohnsitz der betreffenden Person bestimmt. Mit Rücksicht auf diese Thatsachen ist es den deutschen Gerichten nicht möglich, die in Art. 56 des eidgenössischen Gesetzes vorgesehene Erklärung abzugeben. Indessen haben dieselben zu wiederholten Malen beurkundet, daß eine materielle Beurtheilung der Scheidungsklagen von deutschen Angehörigen, die in der Schweiz domizilirt sind, seiner Zeit vom deutschen Staate werde anerkannt werden. Eine ähnliche Erklärung hat auch die kaiserlich deutsche Gesandtschaft in einem Falle ausgestellt, der in König's Z. XVI. p. 220 abgedruckt ist und daraufhin hat das Amtsgericht Bern die Klage gegen einen Deutschen angenommen. Das Gleiche geschah auch vom thurgauischen Obergerichte (cf. A. E. VI. p. 541 und Rechenschaftsbericht des Obergerichtes von Thurgau 1880 p. 28/9).

Das Bundesgericht hat ausgesprochen, daß nach dem Sinne des Art. 56 des eidgen. Gesetzes nicht unbedingt die Beibringung einer diesfälligen Erklärung nöthig sei. Es genüge vielmehr, wenn aus der Gesetzgebung oder der Gerichtspraxis des ausländischen Staates dargethan werde, daß die von dem auswärtigen Gerichte am Wohnorte der Ehegatten ausgesprochene Scheidung anerkannt werde beziehungsweise anerkannt werden müsse (A. E. V. p. 264/5).

Es lassen sich auch Fälle denken, wo die Beibringung einer dem Art. 56 angepaßten Erklärung absolut unmöglich ist. Z. B. wenn ein Ehemann auf sein heimatliches Bürgerrecht verzichtete, bevor er das neue erworben hatte. In einem solchen Falle ist keine Instanz da, welche die im Art. 56 verlangte Urkunde ausstellen könnte.

Uebrigens ist es die höchste Zeit, daß endlich Staatsverträge abgeschlossen werden über den Vollzug gerichtlicher Urtheile und damit auch über denjenigen von Ehescheidungserkenntnissen. Bei dem zur Zeit bestehenden internationalen Rechtsidealismus (wir leben ja im „Siècle d'Internationalité") ragt die Erscheinung frostig heraus, daß zivilisirte Völker die von ihren Richtern gefällten Urtheile unter bestimmt fixirten Voraussetzungen nicht allgemein anerkennen. Ueber die Bestrebungen des Bundesrathes, einen diesfälligen Vertrag mit Deutschland abzuschließen cf. Bundesblatt 1881 II. p. 311/12. Hoffentlich werden die Bemühungen mit Erfolg gekrönt werden. Cf. auch ad § 752.

§ 508. Das Gericht ist bei Behandlung von Scheidungsklagen und Scheidungsbegehren und bei Beurtheilung der Beweise nicht an die Eröffnungen und Zugeständnisse der Parteien gebunden. Es soll in der Regel die Ehegatten bei der Hauptverhandlung persönlich einvernehmen und sich von Amteswegen über die nähern Verhältnisse erkundigen.

Die Verhandlungsmaxime gilt hier nicht (cf. ad §§ 286 und 524). Darnach bewegen sich Parteien und Richter im Ehescheidungsprozesse viel freier als im gewöhnlichen Zivilprozesse (cf. ad § 503). Sogar vor zweiter Instanz wurden noch neue Scheidungsgründe zugelassen, mit folgender Begründung (R.-B. 1876 p. 104 Nr. 26):

Nach den strengen Regeln des Zivilprozesses wäre eine solche Klage-Aenderung vor zweiter Instanz nicht erlaubt; im Ehescheidungsprozesse aber, wo der Richter von Amteswegen sich nach den nähern Verhältnissen erkundigen soll und wo sonach die reine Verhandlungsmaxime durchbrochen ist, hieße es den Formalismus zu weit treiben, wenn man vorerst die beiden Eheleute vor den Friedensrichter und an die erste Instanz weisen wollte, um dort neue Klage gestützt auf das nunmehr vorliegende gemeinsame Scheidungsbegehren anzuheben.

Auf der andern Seite aber wurde betont (R.-B. 1873 p. 18 Nr. 3):
Durch § 508 ist hauptsächlich bestimmt, daß die Gerichte in Abweichung von den für den gewöhnlichen Zivilprozeß geltenden Grundsätzen von Amteswegen ein Beweisverfahren auch über zugestandene Thatsachen anordnen können, dagegen ist ihnen nicht auch die weitere Befugniß gegeben, über die Begehren der Parteien hinauszugehen und z. B. auf gänzliche Scheidung zu erkennen, wo nur auf Temporalscheidung angetragen wird.

§ 509. Wenn über die G r ö ß e d e s W e i b e r g u t e s Streit obwaltet, so ist derselbe als besonderer Prozeß durchzuführen, und richtet sich das Verfahren nach den Vorschriften für den gewöhnlichen Zivilprozeß.

Anders verfügt Art. 49 des eidgenössischen Gesetzes, das natürlich dem kantonalen vorgeht. Art. 49 lautet:

Die weitern Folgen der Ehescheidung oder der Scheidung von Tisch und Bett in Betreff der persönlichen Rechte der Ehegatten, ihrer Vermögensverhältnisse, der Erziehung und des Unterrichtes der Kinder und der dem schuldigen Theile aufzuerlegenden Entschädigungen sind nach der Gesetzgebung des Kantons zu regeln, dessen Gerichtsbarkeit der Ehemann unterworfen ist.

D a s G e r i c h t e n t s c h e i d e t ü b e r d i e s e F r a g e n v o n A m t e s w e g e n o d e r a u f B e g e h r e n d e r P a r t e i e n z u g l e i c h e r Z e i t w i e ü b e r d i e S c h e i d u n g s k l a g e.

§ 510. Die durch ein a u s w ä r t i g e s G e r i c h t ausgesprochene Trennung der Ehe von außer dem Kanton wohnenden Kantonsbürgern wird auch hier als zu Recht bestehend anerkannt, insofern jenes Gericht nach der dort geltenden Gesetzgebung befugt oder verpflichtet war, Scheidungsklagen von Ausländern ohne vorherige Ermächtigung Seitens der heimatlichen Behörde der Ehegatten zu behandeln.

§ 511. Jedes rechtskräftige Scheidungsurtheil ist dem Gemeindrathe des Heimatsortes der Ehegatten zu Handen des Zivilstandsbeamten in Abschrift mitzutheilen.

Die Prozesse über die Frage der Ehescheidung können an das Bundesgericht gebracht werden.

Betreffend die Prozeßentschädigungen in Ehescheidungssachen huldigt das kantonale Obergericht einer merkwürdigen Sentimentalität. Wenn die Ehegatten „wieder zusammengewiesen" werden, so wird eine Prozeßentschädigung nicht gesprochen. Allein es ist, wie ich schon in K ö n i g's Z. XV. p. 499 (cf. wieder Appellationskammer 8. Septbr. 1881 C h r i s t e n) sagte, zu beachten:

1. Die bloße Zusprechung einer Prozeßentschädigung hindert die Ehegatten wahrhaftig nicht, wieder zusammen zu gehen, wenn die sonstigen Bedingungen eines ehelichen Zusammenlebens vorliegen.
2. Es ist gar nicht gesagt, daß die Ehegatten, welche das Obergericht wieder zusammenweist, wirklich diesem consilium judicis zu folgen für gut finden.

A n h a n g.

Zum Schlusse mag hier Folgendes noch bemerkt werden:

1. Das Begehren um „richterliche Aufforderung zur Rückkehr" (Art. 46 d des eidgenössischen Gesetzes) ist k o n t r a d i k t o r i s c h zu erörtern.
   a) R.-B. 1877, Nr. 57.

   Ein Ehemann, welcher beim Bezirksgerichte einen Befehl an seine Ehefrau, zu ihm zurückzukehren, verlangte, wurde vom Be-

zirksgerichte auf Grundlage des Art. 46 des B.-G. betr. den Zivilstand und die Ehe abgewiesen. Er beschwerte sich hierüber, aber seine Beschwerde wurde verworfen unter folgender Begründung:

α) Es erscheint unnatürlich und ist daher ohne zwingende Gesetzesbestimmung, wie sie hier nicht vorliegt, nicht als Wille des Gesetzes anzunehmen, daß der Richter ohne Kognition eine Aufforderung mit einer Androhung erlassen soll, in der Meinung, daß die erstere grundlos, die letztere wirkungslos sei, wenn bei späterer Prüfung sich die behaupteten Voraussetzungen des Beschlusses als unrichtig erweisen sollten. Auch der bedrohten Partei kann nicht zugemuthet werden, sich der Unsicherheit preiszugeben, ob der Befehl überhaupt gelte oder nicht und sich in die Lage versetzt zu sehen, sogar in guten Treuen demselben keine Folge zu geben, so daß sie im spätern Prozeß der Gefahr ausgesetzt wäre, dem Richter keine ihre Entfernung rechtfertigende Gründe nachweisen zu können und so als schuldiger Theil zu erscheinen, während sie einer gültigen Aufforderung vielleicht Folge geleistet hätte.

β) Zu dieser Kognition eignet sich am besten der Richter, der im Scheidungsprozesse zu fungiren kompetent ist, also das Kollegialgericht, und zwar stimmt diesseitige Instanz den Ausführungen des Bezirksgerichtes auch darin bei, daß nach Art. 46 lit. d des B.-G. über die Ehe die bezügliche Prüfung in den Scheidungsprozeß selbst eingereiht werden muß. Je nachdem das Gericht jene Gründe der Entfernung billigt oder nicht, wird es die Klage sofort abweisen oder die vorgeschriebene Aufforderung zur Rückkehr erlassen und nach fruchtlosem Ablauf der sechsmonatlichen Frist die Scheidung aussprechen.

b) R.-B. 1878, Nr. 19.

Im Sinne des Bundesgesetzes betreffend Zivilstand und Ehe liegt es nicht, daß der Scheidungsklage vorausgehend amtliche oder richterliche Aufforderungen (§§ 186 und 187 pr. Gb.) an den abwesenden Ehegatten gerichtet werden, um zu konstatiren, daß der klagende Theil ernstliche Versuche zur Wiedervereinigung gemacht habe. Dieses Gesetz kennt vielmehr bloß die in Art. 46 lit. d erwähnte „richterliche Aufforderung" zur Wiedervereinigung binnen sechs Monaten, welche einzig durch das für die Scheidung angerufene Gericht nach stattgefundener Hauptverhandlung zu erlassen ist.

c) R.-B. 1880, Nr. 50.

Die Erlassung einer Aufforderung an einen Ehegatten zur Rückkehr in die von ihm verlassene eheliche Wohnung, ist in dem Bundesgesetze betreffend die Ehe nur für den Fall vorgesehen, wo von dem andern Ehegatten wegen böswilliger Verlassung auf Scheidung geklagt werden will.

Wie nun schon in einem frühern Entscheid ausgeführt worden ist (R.-B. 1877, Nr. 57) soll der Richter eine solche Aufforderung nicht schon auf das einseitige, nur allfällig durch schriftliche Zeugnisse dritter Personen unterstützte Vorgeben des einen Ehegatten, daß der Andere böswillig die Wohnung verlassen habe und eine Wiedervereinigung ablehne mit einer bestimmten Androhung erlassen, sondern dieselbe erst dann aussprechen, wenn er nach Prüfung der Verhältnisse der betreffenden Ehe die Ueberzeugung gewonnen, daß die Verlassung böswillig und ohne rechtmäßigen Grund erfolgt sei. Eine solche Prüfung findet aber rich-

tigerweise erst im Scheidungsprozeß durch das für die Scheidungsklage zuständige Gericht statt, oder dann wird die Frage, ob eine Aufforderung zu erlassen sei, zum Gegenstand eines besondern ordentlichen Prozesses gemacht.

d) R.-B. 1880, Nr. 56.

Die Frage, ob die Verlassung im Sinne des Art. 46 lit. d des Bundesgesetzes betreffend den Zivilstand und die Ehe eine böswillige war und diesen Charakter während zwei Jahren beibehalten habe, kann nur im Scheidungsprozesse selbst ventilirt und endgültig entschieden werden. Eine außerhalb des Scheidungsprozesses erlassene gerichtliche Aufforderung im Sinne des zitirten Art. 46 lit. d ist für den Fall absolut unnütz und zwecklos, wenn in dem folgenden Prozeß das Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen nicht nachgewiesen werden kann.

Wenn aber das Gesetz die Aufforderung zur Rückkehr als einen Bestandtheil des Scheidungsprozesses selbst auffaßt, so folgt daraus, daß sie auch nur in diesem erlassen werden kann. Das Scheidungsgericht soll vorerst die vom beklagten Theil für seine Entfernung angeführten Gründe prüfen und sodann je nach dem Resultat entweder die Klage sofort abweisen oder aber jene Aufforderung erlassen. Auch in diesem Falle wird sie bloß dann erlassen, wenn sie überhaupt eine rechtliche Bedeutung gewinnt und das allein kann im Sinne des Gesetzes liegen.

2. Unter dem Ausdrucke des Art. 44 des eidgenössischen Gesetzes „nach Anhörung der Klage (Art. 43)" ist offenbar nicht eine besonders hierauf gerichtete, sondern die Scheidungs- oder Nullitätsklage selbst zu verstehen, da sonst die Verweisung auf Art. 43 keinen Sinn hätte. Unter der Anhörung der Klage kann aber ebenso wohl die Prüfung einer Klageschrift, wie das physische Anhören eines mündlichen Klagevortrages verstanden werden, zumal sonst nichts darauf hinweist, daß das Gesetz ein mündliches Verfahren für den Scheidungsprozeß habe vorschreiben wollen, im Gegentheil dasselbe ausdrücklich die kantonalen Bestimmungen über das Verfahren bestätigt, soweit demselben nicht durch seinen eigenen Wortlaut derogirt wird. Es wäre auch in der That bedenklich, wenn nach zürcherischem Rechte eine Ehefrau, die allen Grund hat vom Manne wegzugehen, noch mindestens die drei Monate der Dauer des Sühnverfahrens hindurch ohne Subsistenzmittel bleiben müßte oder beim Manne zu wohnen gezwungen würde (R.-B. 1877, Nr. 58).

3. Die Ehen werden bei uns viel zu leichthin getrennt. Hier wenn irgendwo wäre eine Vertretung des Staates bei Behandlung der Scheidungsprozesse in Form eines Ministère public am Platze, damit dasselbe bei Fällen grundloser Scheidungen selbständig an die obern Instanzen gelangen könnte. Dies wäre viel richtiger, als das Gesetz selber schon wieder zu revidiren.

4. Die Kinder der streitenden Ehegatten sollten n i e m a l s als Zeugen zugelassen werden.

5. Eine abgewiesene Scheidungsklage kann später wieder neu vorgebracht werden. Eine derartige Sentenz schafft nicht f ü r i m m e r jus inter partes.

6. Bezüglich des in's Urtheil aufgenommenen Vorbehalts betreffend § 291 des Zivilgesetzes cf. U l l m e r's Supplement Nr. 2790 und 2791 (= R.-B. 1875 p. 96/97 und p. 113).

7. Wird die Scheidung auf Impotenz gestützt, so muß der betreffende Ehegatte sich einer gerichtsärztlichen Expertise unterziehen (U l l m e r's Kommentar Nr. 321).

4. Vaterschaftsprozeß.

§ 512. Die Vaterschaftsklage ist beim Friedensrichter einzuleiten und unterliegt dem gewöhnlichen Sühnverfahren.

Zuständig ist der Friedensrichter des Wohnortes des Beklagten; falls aber ein fester Wohnort in der Schweiz nicht bekannt ist, der Friedensrichter des Ortes, an welchem der Beklagte zur Zeit der angeblichen Schwängerung seinen Aufenthalt hatte.

Materiell-rechtlich ist zu verweisen auf §§ 284—310 des Zivilgesetzes. Ich mache ferner auf Jost Weber: Das Recht der unehelichen Geburt (Zürich 1860) und Busch: Theoretisch-praktische Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen (Ilmenau 1828) aufmerksam.

Die Vaterschaftsklagen sind rein persönliche Klagen und daher nach § 59 der B.-V. am Domizil des Beklagten einzuleiten (Schweiz. Gerichtszeitung I. Nr. 16 p. 123).

Das Verfahren ist nicht öffentlich (§ 144.2).

Einem zürcherischen Gerichte kann die Befugniß nicht zustehen, einem außerehelichen Kinde das Bürgerrecht einer außerkantonalen Gemeinde zuzusprechen. Hiezu können nur die Gerichte des betreffenden Kantons selbst berufen sein (Ullmer, Staatsrechtliche Praxis I. Nr. 263). Indem also das erstinstanzliche Urtheil den Beklagten nicht nur als Vater des von der Klägerin gebornen Kindes erklärt, sondern im Weiteren ausspricht, es folge daher demselben geschlechts- und bürgerrechtshalber, während der Beklagte Bürger der Gemeinde St. Croix, Kt. Waadt, ist, verletzt es einen längst anerkannten Satz der bundesrechtlichen Praxis. Diese Statusbestimmung müßte demnach unter allen Umständen aufgehoben oder zum Mindesten derselben der Vorbehalt beigefügt werden, daß sie nur insofern in Recht erwachse, als die Heimatsbehörden des Beklagten diese Zusprechung des Kindes anerkennen oder durch besondern Prozeß zur Anerkennung desselben als Bürger der Gemeinde St. Croix angehalten werden können.

Die Kompetenzfrage anbelangend kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Klage auf Schadenersatz und Genugthuung wegen einseitigen Bruches des Verlöbnisses, sowie auch die auf die behauptete Vaterschaft des Beklagten gestützte Klage auf Zahlung gewisser Alimente für die Erziehung des zu gebärenden Kindes rein persönliche Ansprüche sind. Insofern übrigens die zürcherischen Gerichte überall nicht befugt sind, gegenüber einem Nichtzürcher den Status eines von ihm erzeugten Kindes festzustellen, im vorliegenden Fall also die Vaterschaftsklage lediglich in Betracht fallen darf, so weit sie auf Alimente etc. gerichtet ist, handelt es sich überhaupt nur um persönliche Ansprachen.

Zur Behandlung dieser Klagen dürften die zürcherischen Gerichte schon auf Grund der Vorschriften der §§ 209, 210 und 512 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege nicht als zuständig erklärt werden. Für die Vaterschaftsklage käme in Betracht die Vorschrift des § 512, wonach ebenfalls der Richter des Wohnortes des Beklagten zuständig ist, falls aber ein fester Wohnsitz desselben in der Schweiz nicht bekannt ist, der Richter des Ortes, an welchem der Beklagte zur Zeit der Schwängerung seinen Aufenthalt hatte. Auch diese letztere Ausnahmebestimmung ist im Grunde genommen nicht verschieden von derjenigen des § 209. Der „letzte bekannte Aufenthaltsort" ist wohl für den Fall der Vaterschaftsklage lediglich mit Rücksicht auf die eigenthümlichen faktischen Verhältnisse einfach durch den „Aufenthalt am Orte der Schwängerung" ersetzt worden, weil dieser Ort in der Regel eben wirklich der letzte bekannte Aufenthalt sein wird und es praktisch schien, für die

wenigen Fälle, wo ein Beklagter nach diesem Zeitpunkt bekanntermaßen vorübergehend an einem andern Orte gewohnt hat, zur Zeit der Anhebung der Klage aber unbekannt wo abwesend ist, die Kompetenzfragen nicht weiter zu kompliziren, sondern durch eine feste Regel abzuschneiden (R.-B. 1876 p. 96).

§ 513. Der Friedensrichter sucht sich darüber Gewißheit zu verschaffen, ob die Vaterschaft anerkannt und ob ein der Schwängerung vorausgegangenes Eheversprechen behauptet und zugegeben werde; ferner, ob im Falle der Anerkennung der Vaterschaft mit Rücksicht auf die ökonomischen Leistungen des Beklagten eine Verständigung und in welcher Art dieselbe bereits erfolgt sei.

§ 514. Anerkennt der Beklagte, daß der Schwängerung ein Eheversprechen vorausgegangen sei, so gibt der Friedensrichter dem Gemeindrathe des Heimatsortes desselben durch chargirten Brief hievon Kenntniß und fordert ihn auf, innert vierzehn Tagen vom Empfange dieser Anzeige an schriftlich zu erklären, ob er gegen dieses Zugeständniß Einsprache erhebe oder nicht.

Erfolgt innerhalb dieser Frist keine schriftliche Einsprache beim Friedensrichter, so ist dieselbe verwirkt.

§ 515. Erklärt der Gemeindrath Einsprache erheben zu wollen, so wird dieser Streit gleichzeitig mit der Weisung über die Vaterschaftsklage, beziehungsweise mit der Anzeige der Anerkennung oder des Vergleiches, dem Bezirksgerichte zur Erledigung überwiesen. Dabei ist anzugeben, an welchem Tage die Aufforderung an den Gemeindrath abgegangen und wann dessen Erklärung eingegangen sei.

Im Prozesse ist der Einsprache erhebende Gemeindrath als Hauptintervenient zu behandeln (§ 244).

Wenn der Beklagte auf eine Ediktalzitation ausbleibt, so gilt die Anerkennung des behaupteten Eheversprechens auch dem intervenirenden Gemeindrathe gegenüber, bis dieser die Ungültigkeit desselben nachweist (Appellationskammer Ernst 27. Mai 1879).

§ 516. Wenn der Beklagte die Vaterschaft anerkennt und die Parteien sich auch über die ökonomischen Leistungen verglichen haben, so wird durch eine wörtliche Abschrift aus dem Protokolle dem zuständigen Bezirksgerichte Anzeige von der Anerkennung oder dem Vergleiche gemacht.

§ 517. Wenn die Anerkennung oder der Vergleich unklar oder unvollständig ist, so sind die Parteien vor Gericht zu laden und zu persönlichen Erklärungen über die betreffenden Punkte anzuhalten. Können sie sich nicht verständigen, so wird auf Begehren der Klägerin das Verfahren durchgeführt, wie wenn eine Weisung an das Gericht gelangt wäre.

Sind die Parteien über alle Punkte einig, so erklärt das Gericht den Beklagten durch Beschluß als Vater, stellt der

Mutter hierüber Urkunde aus und trifft mit Rücksicht auf das Einverständniß der Eltern die erforderlichen Anordnungen (§ 289 des privatrechtlichen Gesetzbuches).

§ 518. Ist im Sühnverfahren die Vaterschaft oder das Eheversprechen nicht anerkannt, oder herrscht noch Streit über die Leistungen des Beklagten, so stellt der Friedensrichter die Weisung von sich aus demjenigen Bezirksgerichte zu, welches zur Zeit der Einleitung der Klage zuständig war.

§ 519. Die Weisung soll enthalten:

1. Namen, Wohn- und Heimatsort der Parteien, und wenn dieselben handlungsunfähig sind, auch Name und Wohnort ihres Vormundes;
2. den Zeitpunkt der Klageeinleitung beim Friedensrichter;
3. das Begehren der Klägerin und die Erklärung des Beklagten über dasselbe;
4. das Gericht, an welches die Weisung gerichtet wird.

Es zeugt von Klugheit und Vorsicht, wenn im Petitum einer Vaterschaftsklage auf die Möglichkeit Rücksicht genommen wird, daß eine Vaterschaftsklägerin den Beklagten mit mehr als einem Kinde überraschen kann.

§ 520. Bei Klagen gegen Ausländer soll das Gericht dem Begehren um Kautionsleistung im Interesse der Mutter und des Kindes (§ 300 des privatrechtlichen Gesetzbuches) nach Einreichung der Weisung in der Regel sofort entsprechen.

Zu dem Ende wird dem Beklagten durch den Gerichtspräsidenten aufgegeben, für die Prozeßkosten und Prozeßentschädigung und den muthmaßlichen Betrag der Leistungen, die ihm bei Gutheißung der Klage für Mutter und Kind auferlegt werden könnten, genügende Kaution zu leisten.

Wird der Auflage keine Folge geleistet oder ist schon bei Anbringung des Gesuches die Gefahr des Verzuges bescheinigt, so ist, nöthigenfalls durch Requisition des Gerichtes, in dessen Kreis die Arrestobjekte liegen, auf Effekten und Vermögen des Beklagten Beschlag zu legen.

§ 521. Gegen Kantons- oder Schweizerbürger ist einem solchen Gesuche der Klägerin nur dann Folge zu geben, wenn zugleich Bescheinigung dafür beigebracht wird, daß der Beklagte keinen festen Wohnsitz habe oder daß er beabsichtige, sich durch Entfernung außer Landes der Klage zu entziehen, oder daß er sein Vermögen zu verschleppen oder auf verdächtige Weise zu veräußern suche.

Die Zurückhaltung von Ausweispapieren ist unzuläßig. Sie stünde mit Art. 45 der Bundesverfassung im Widerspruch. Cf. ad § 598.

§ 522. Gegen die gerichtliche Verfügung, wodurch eine Kautionsleistung oder eine Beschlagnahme verfügt wird, ist auch während des Prozesses der Rekurs zulässig.

§ 523. Die Parteien sind in der Regel zu der mündlichen Verhandlung persönlich vorzuladen.

§ 524. Liegen keine Gründe vor, die Klage sofort abzuweisen, so ordnet das Gericht das Beweisverfahren an und sorgt dafür, daß bis zur muthmaßlichen Niederkunft der Klägerin die Beweisabnahme vollständig vorbereitet werde.

Das Beweisverfahren ist nicht auf die von den Parteien beantragten Beweise beschränkt, sondern der Richter darf auch von Amteswegen weitere Erhebungen machen, welche ihm zur Aufklärung der Sache dienlich erscheinen.

Auch hier gilt die Verhandlungsmaxime nicht (cf. ad §§ 286 und 508). Nach § 524 ist bei einer verspäteten Beweisproduktionsschrift der Erlaß einer förmlichen Restitution nicht einmal unbedingt nöthig. — Der Beweis dafür, daß ein Kind das uneheliche Kind eines bestimmten Vaters sei, kann nach unserm Rechte (cf. R.-B. 1877, Nr. 41 i. f.) einzig durch gerichtliche Anerkennung desselben von Seite des Vaters oder durch gerichtliches Urtheil nach durchgeführtem Beweisverfahren in einem rechtzeitig angehobenen Vaterschaftsprozesse hergestellt werden. Ist die Frist zur Anstellung dieser Klage versäumt worden, so kann weder das Kind noch die Mutter mehr eine Nachforschung nach der Vaterschaft veranlassen. Um so weniger ist es zuläßig, daß dannzumal dritte Personen zum Nachtheil des Kindes eine derartige Nachforschung begehren. Uebrigens könnte ja nach der Natur der Sache in solchen Fällen höchstens wahrscheinlich gemacht und niemals bewiesen werden, daß ein gewisses uneheliches Kind von einem bestimmten Vater erzeugt sei, da die positiven Vorschriften, welche gewisse Beweismittel im Vaterschaftsprozesse als hiefür genügend erklären, selbstverständlich für andere Prozesse nicht gelten. — Cf. § 367.

§ 525. Behufs Sicherstellung des Zeitpunktes der Geburt und der Identität des Kindes bestellt das Gericht auf Antrag der Klägerin zugleich einen Arzt, welcher der Niederkunft beizuwohnen und hierüber, sowie über den Reifegrad des Kindes dem Gerichte beförderlich einen schriftlichen Bericht zu erstatten hat.

Es ist nicht einzusehen, warum der Zeitpunkt der Geburt nur vermittelst des Befundberichtes eines gerichtlich bestellten Arztes und nicht auch auf anderm Wege hergestellt werden könnte, wie z. B. durch die Aussagen einer Hebamme oder anderer bei der Geburt anwesender glaubwürdiger Personen (Z. XVI. p. 226/7).

§ 526. Nach Eingang des ärztlichen Berichtes ordnet der Gerichtsvorstand behufs Abnahme der weiter anerbotenen Beweise die Schlußverhandlung an, welche indessen nicht vor Ablauf von drei Wochen nach der Niederkunft stattfinden darf.

Zur Schlußverhandlung haben beide Parteien persönlich zu erscheinen.

§ 527. In der Schlußverhandlung kann auch die Klägerin als Zeuge darüber einvernommen werden, daß sie vom

300sten bis 180sten Tage vor der Niederkunft einzig und allein mit dem Beklagten geschlechtlichen Umgang gehabt habe.

Daß eine Partei zugleich „Zeuge" sein kann, ist eine mir unverständliche Monstruosität.

Bei der gegenwärtigen Einrichtung sinkt die Zeugeneinvernehmung der Klägerin zu einer Karrikatur hinunter. Sie beruht auf einer naiven Betrachtung und Beurtheilung der Paternitätsklägerinnen.

Die Frage, ob nach den maßgebenden Bestimmungen des Gesetzes betreffend die Rechtspflege eine bestrittene Vaterschaftsklage auch dann gutgeheißen werden könne, wenn die durch § 527 dieses Gesetzes vorgeschriebene Erklärung der Klägerin nicht stattgefunden hat, wurde verneint, und darüber gesagt: Wie das Gesetz vom 30. Weinmonat 1866 im Abschnitte über den Vaterschaftsprozeß die Gutheißung einer nicht anerkannten Vaterschaftsklage davon abhängig machte, daß die Klägerin zum Ergänzungseide zugelassen und dieser Eid geleistet werde, ebenso kann nach dem jetzigen Gesetze betreffend die Rechtspflege eine nicht anerkannte Vaterschaftsklage nicht gutgeheißen werden, sofern die Klägerin jenes Zeugniß nicht abgegeben hat. Die persönliche Erklärung ist somit ganz an die Stelle des frühern Ergänzungseides getreten und es zieht die Unterlassung die nämlichen Folgen nach sich, wie früher die Nichtleistung des Eides. Für diese Auffassung spricht vor Allem der Bericht des Kantonsrathes zum zweiten und dritten Buche des Gesetzes betreffend die Rechtspflege vom 10. Weinmonat 1874, worin gesagt ist, der Kantonsrath habe mit Rücksicht auf die Vorschrift des Art. 49 der Bundesverfassung (wornach Niemand zur Vornahme einer religiösen Handlung gezwungen werden darf) geglaubt, den Eid der Klägerin als Beweismittel nicht mehr festhalten zu sollen, weßhalb an Stelle der Eidabnahme eine Einvernahme der Klägerin wie eines Zeugen gesetzt worden ist. Die Fassung des § 527 des jetzigen Gesetzes, „in der Schlußverhandlung kann die Klägerin als Zeuge einvernommen werden," erhält ihren guten Sinn durch die nachfolgenden Bestimmungen des § 528 ff., wornach diese Einvernahme nicht in allen Fällen erfolgen soll, sondern nur unter gewissen den Beklagten schützenden Voraussetzungen (R.-B. 1879 Nr. 27 = Z. für schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege IV. p. 77).

Immerhin hat das Obergericht an dem Requisite der Zeugenabhörung der Klägerin für den Fall nicht festgehalten, da der Beklagte öffentlich und unter der Androhung vorgeladen wurde, daß beim Ausbleiben Anerkennung der Klage und Verzicht auf Einreden angenommen werde und der Beklagte ausblieb. Da der Beklagte nicht erschien — sagt das Obergericht — mußte dieser Androhung Folge gegeben werden. Derselbe ist daher mit allen Beweisen und Beweismitteln, also auch mit dem Begehren, daß die Klägerin einvernommen werde, ausgeschlossen. Es leuchtet ein, daß in einem solchen Falle die Erklärung der Klägerin darüber, ob das Gegentheil des § 527 der Fall sei, nicht mehr zuläßig ist (Appellationskammer Boßhardt 15. April 1880). Das Präsidium (Dr. Streuli) gab die Erklärung zu Protokoll: es wäre gemäß dem frühern Entscheide die Klägerin darüber einzuvernehmen gewesen, daß sie während der kritischen Zeit einzig mit dem Beklagten geschlechtlichen Umgang gehabt habe.

Es mag von Interesse sein hier mitzutheilen, daß das Obergericht des Kantons Thurgau sich betreffend das Requisit der persönlichen Erklärung dahin ausgesprochen hat (R.-B. des Obergerichtes des Kantons Thurgau 1880 p. 34/35):

Allerdings äußern sich Urtheile des Obergerichtes aus den Jahren 1840 und 1847 dahin, daß die Ueberbindung des Paternitätseides nach dem Tode des Kindes unzuläßig sei. Allein es ist zu berücksichtigen, daß seit 1840 und 1847 sowohl Gesetzgebung als Praxis sich geändert haben. In den

Jahren 1840 und 1847 war der Paternitätseid ein Haupteid, welcher der Klägerin hauptsächlich mit Rücksicht auf die Rechte und spätere bürgerliche Stellung des Kindes und die daran sich knüpfenden öffentlichen Interessen ausnahmsweise gegeben wurde und es läßt sich deshalb begreifen, daß der Richter dazu gelangte, wenn durch den Tod des Kindes die rechtliche und faktische Unterlage für die Zuläßigkeit dieses exzeptionellen Beweismittels dahin gefallen war, dasselbe für die minder wesentlichen accessorischen Entschädigungsansprüche der Mutter nicht mehr festzuhalten. Allein nach den jetzigen gesetzlichen Bestimmungen ist die einfache Vaterschaftsklage, so weit nicht die Brautkindschaft in Frage kommt, keine Statusklage; sie geht im Wesentlichen auf eine Forderung: Entschädigung für Kindbett- und Taufekosten und Alimentation für das Kind. Es liegt kein Grund vor, weßhalb über diese Punkte nicht entschieden werden sollte und könnte, auch wenn das Kind gestorben ist. Der Tod des Kindes ist lediglich maßgebend zur Berechnung der Zeitdauer, für welche die Alimentationsbeiträge zu leisten sind. Dann ist aber auch im Gegensatz zum frühern exzeptionellen Verfahren der Eid im Vaterschaftsprozeß kein selbständiger, sondern wie das Obergericht sich 1870 aussprach, ein Ergänzungseid resp. Ergänzungsgelübde.

§ 528. Diese Einvernahme darf nur stattfinden, wenn

1. das übrige Beweisverfahren es zur Ueberzeugung des Richters gebracht hat, daß der Beklagte um die Zeit der Schwängerung geschlechtlichen Umgang mit der Klägerin gehabt habe,
2. keinerlei Thatsachen bewiesen sind, welche die Klägerin als unglaubwürdig erscheinen lassen.

Nr. 2 des § 528 bezieht sich auf die Person der Klägerin als solche. Es ist also nicht erforderlich, daß diese Thatsachen der Art seien, daß sie sich gegenüber dem betreffenden Beklagten im Prozesse und mit Bezug auf die Klage ergeben haben.

Wenn die Voraussetzungen des § 528 nicht zutreffen, so kommen natürlich die allgemeinen Regeln über Auflage der Kosten zur Anwendung (Ob. G. Beschluß Wittwe Müller 12. Juni 1875).

§ 529. Die Frage, ob die Klägerin sofort abzuweisen oder als Zeuge einzuvernehmen sei, ist unmittelbar nach Abnahme der übrigen Beweise und Anhörung der Parteien zu entscheiden.

Gegen den Beschluß, durch welchen die Klägerin zum Zeugnisse zugelassen wird, ist Rekurs nicht statthaft.

§ 530. Die Einvernahme der Klägerin erfolgt durch den Gerichtspräsidenten. Vor der Einvernahme erinnert er die Klägerin an die Bedeutung und Wichtigkeit ihres Zeugnisses, macht sie ausdrücklich auf die Strafe des falschen Zeugnisses (§ 108 des Strafgesetzbuches) aufmerksam, und frägt sie an, ob sie wirklich bereit sei, sich als Zeuge einvernehmen zu lassen.

Wie dann, wenn das Obergericht erklärt, die Klägerin hätte zum Zeugniß nicht zugelassen werden sollen? Dann wird fingirt, das „Zeugniß“ sei juristisch nicht vorhanden.

§ 531. Verweigert die Klägerin das Zeugniß, so darf die Klage nicht gutgeheißen werden.

§ 532. Nach Einvernahme der Klägerin fällt das Gericht das Endurtheil in freier Würdigung der sämmtlichen Beweisergebnisse.

Cf. § 290.

§ 533. Wenn das Kind vor der Schlußverhandlung stirbt, so entscheidet das Gericht sofort mit Vermeidung aller weitern Beweis- und Parteiverhandlungen über die Prozeßkosten und die Auflegung einer Prozeßentschädigung. Hiebei ist, sofern die Voraussetzungen des § 528 vorhanden sind, zu Gunsten der Klägerin zu erkennen.

Dieser Satz ist als Ausnahmsbestimmung strikte anzuwenden. Es ist also keine Entschädigung zu sprechen für Kindbett, Taufekosten und die Beerdigung. Cf. § 678.

§ 534. Wird die Klägerin abgewiesen, so ist bei Bestimmung der Prozeßentschädigung an den Beklagten auf den Nachtheil, den die Kautionsleistung oder der Arrest ihm gebracht hat, gebührende Rücksicht zu nehmen.

Cf. §§ 520, 521 und 600.

§ 535. Alle Urtheile und Beschlüsse, durch welche Vaterschaftssachen erledigt werden (§§ 517, 529, 531 und 532), sind durch die Gerichtskanzlei der Vormundschaftsbehörde des Kindes mitzutheilen.

Wird ein Kind als Brautkind erklärt, so ist von dem Dispositiv des Urtheils den Zivilstandsbeamten am Heimatsorte der Klägerin und des Beklagten Kenntniß zu geben.

§ 292 des Zivilgesetzes bezieht sich nur auf Nichtschweizerinnen. Die Vorkämpferin dieser Interpretation ist Brigitta von Arx (cf. Morel in Blumer's Handbuch des Bundesstaatsrechts I. p. 292 und 293). Die Rechtsstellung fremder Paternitätsklägerinnen betreffend cf. Ullmer's Kommentar Nr. 449—451, ferner Supplement Nr. 2678 und König's Zeitschr. XIII. p. 101—104.

5. Bevogtigungsprozeß.

§ 536. Klagen auf Bevormundung einer volljährigen Person wegen Verschwendung (§§ 324 u. ff. des privatrechtlichen Gesetzbuches), sowie auf Entziehung der väterlichen (§§ 280 u. ff. das.) oder ehelichen Vormundschaft (§§ 162 u. ff. das.) oder auf Sicherstellung des Weibergutes (§ 154 das.) sind nicht an das Friedensrichteramt zu bringen, sondern unmittelbar durch Weisung des Bezirksrathes bei dem Bezirksgerichte anhängig zu machen.

Cf. § 367, ferner ad § 444 und Ullmer's Kommentar Nr. 507.

§ 537. Zuständig ist das Bezirksgericht des Wohnortes des Beklagten oder wenn Letzterer außerhalb des Kantons wohnt, dasjenige seines Heimatsortes.

Ein vom Regierungsrath zu Handen des Obergerichtes des Kantons Thurgau verlangtes Gutachten über die Frage, ob nach zürcherischem Rechte

die hiesigen Gerichte zur Beurtheilung einer Bevogtigungsklage gegen einen im Kanton Zürich (in der Gemeinde Hottingen) niedergelassenen thurgauischen Kantonsbürger kompetent seien und dieselbe an Hand zu nehmen haben, wurde dahin abgegeben:

Bekanntlich hat die Bundesgesetzgebung die in Art. 46 der Bundesverfassung in Aussicht gestellten Bestimmungen, wodurch die Anwendung des Grundsatzes, daß Niedergelassene in Beziehung auf die zivilrechtlichen Verhältnisse in der Regel unter dem Rechte und der Gesetzgebung ihres Wohnortes stehen, näher geregelt werden soll, noch nicht erlassen und es ist daher einstweilen noch davon auszugehen, daß jeder Kanton kraft seiner Souveränität über die in seinem Gebiete befindlichen Personen befugt sei, bezüglich der Bevormundung Niedergelassener seine Gesetze zur Geltung zu bringen (vgl. A. E. I. p. 69). Hieraus würde nun zunächst folgen, daß weder die thurgauischen noch die zürcherischen Vormundschaftsbehörden mit Bezug auf die im Kanton Zürich niedergelassenen Thurgauerbürger zu handeln verpflichtet wären, weil im Kanton Thurgau auch hinsichtlich der Vormundschaft das Prinzip der Territorialität anerkannt ist, während unser zürcherisches Recht davon ausgeht, daß die Obervormundschaft durch den Gemeindrath der Heimatsgemeinde des der Vormundschaft Bedürfenden und durch die diesem Gemeindrathe vorgesetzten Behörden auszuüben sei. Allein § 357 des pr. Gb. ermächtigt die zürcherischen Vormundschaftsbehörden, ihre Thätigkeit auf solche der Vormundschaft bedürftige Personen, welche nicht im Kanton verbürgert aber darin wohnhaft sind, auszudehnen, wenn deren Heimatsbehörden sich derselben nicht annehmen und nicht auf andere Weise für dieselben gesorgt wird. Wir nehmen an, von dieser Befugniß werden unsere zürcherischen Vormundschaftsbehörden namentlich in denjenigen Fällen Gebrauch machen, wo die Heimatsbehörden durch ihre Gesetzgebung gehindert sind, ihre Obsorge auf auswärts Wohnende zu erstrecken. Indessen berührt die Frage, ob im vorliegenden Falle der Gemeindrath Hottingen, beziehungsweise der Bezirksrath Zürich einzuschreiten habe, ausschließlich die Verwaltungsbehörden und wir haben lediglich die an uns gestellte Frage zu beantworten, ob, gesetzt diese Behörden stellen gegen einen hier niedergelassenen Thurgauer Bürger eine Klage auf Bevormundung an, die zürcherischen Gerichte zur Behandlung einer solchen Klage kompetent und verpflichtet seien. Diese Frage muß bejaht werden, denn § 537 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege übereinstimmend mit § 527 pr. Gb. bestimmt ausdrücklich, daß für Bevormundungsklagen das Gericht des Wohnortes des Beklagten zuständig sei und nur wenn der Beklagte außerhalb des Kantons wohnt, das Gericht des Heimatsortes. Wenn, wie im Schreiben des thurgauischen Obergerichtes angegeben wird, der Gemeindrath Hottingen aus dem zitirten § 537 herleitet, daß im vorliegenden Falle das Gericht des Heimatsortes kompetent sei, so beruht dies auf einer irrigen Auffassung. Offenbar kann und will der angeführte Paragraph nicht auch für nicht zürcherische der zürcherischen Gesetzgebung gar nicht unterworfene Gerichte Kompetenzbestimmungen aufstellen, sondern lediglich bestimmen, unter welchen Voraussetzungen ein zürcherisches Gericht zuständig sei. Die in § 537 von der Regel, daß für Bevogtigungsklagen das Bezirksgericht des Wohnortes des Beklagten zuständig sei, statuirte Ausnahme: „oder wenn letzterer außerhalb des Kantons wohnt, dasjenige seines Heimatsortes“ hat daher, wie übrigens schon der Wortlaut zeigt, nur den Sinn, daß, wenn der Beklagte außerhalb des Kantons wohne, die Klage bei dem Gerichte seines zürcherischen Heimatsortes oder Bürgerrechtsortes angestellt werden könne, nicht etwa im Allgemeinen, daß, wenn ein Beklagter außerhalb seines Heimatskantons wohne, die Gerichte seines Heimatskantons zuständig seien. Im vorliegenden Falle wohnt der Beklagte im Kanton Zürich und es trifft daher die Regel des § 537 und nicht die Ausnahme, zu (R.-B. 1877, Nr. 72).

§ 538. Nach Eingang der Weisung ladet der Gerichtspräsident oder der von ihm zu bezeichnende Instruktionsrichter die Parteien behufs persönlicher Einvernahme vor sich und ordnet sodann von Amteswegen Alles das an, was zur Aufklärung der Sache und zur Vorbereitung der Schlußverhandlung nöthig ist. Zu diesem Behufe kann er Berichte von Behörden einfordern, einen Schuldenruf erlassen, Schatzungen durch Sachverständige anordnen u. s. w.

Auch hier gilt die Verhandlungsmaxime nicht (cf. §§ 286, 508 und 524). In den Fällen des § 536 wird nicht Termin zur Hauptverhandlung vor gesessenem Gerichte anberaumt, sondern es findet zunächst eine Instruktionsverhandlung statt. Der richtigen Ansicht nach kann der Beklagte sich auch an diesem Termine vertreten lassen. Immerhin hat er persönlich zu erscheinen und auch selbst über die gegnerischen Vorbringen zu antworten. Einzelne Gerichte lassen eine Vertretung an dieser ersten Verhandlung nicht zu, — offenbar mit Unrecht. Warum soll ein solcher Beklagter schlechtern Rechtes sein? — In der Praxis passirt es zuweilen, daß speziell in Bevogtigungsprozessen die provisorisch ernannten Vögte ganz ungenügend instruirt sind. Kommen sie in besonders mangelhafter Weise ihrer Pflicht nach, so kann natürlich mit Ordnungsbuße und Prozeßentschädigung an die andere Partei nachgeholfen werden (cf. § 330).

Vor Obergericht gilt das normale Verfahren (cf. ad § 676).

§ 539. Sobald die Beweisabnahme vollständig vorbereitet ist, wird zur Einvernahme der Zeugen und Sachverständigen, zur Würdigung der Beweisergebnisse und Ausfällung des Urtheiles die Schlußverhandlung anberaumt.

§ 540. Die Vormundschaftsbehörden haben auf den Fall der Gutheißung der Klage bloß auf Ersatz ihrer Auslagen Anspruch; dagegen können sie auch im Falle der Abweisung der Klage zu einer Entschädigung an den Beklagten und zu den Prozeßkosten nur verurtheilt werden, wenn der Prozeß auf muthwillige oder fahrlässige Weise angehoben oder betrieben wurde.

In allen andern Fällen sind die Kosten dem Beklagten aufzulegen; es dürfen ihm jedoch bei Abweisung der Klage bloß die entstandenen Baarauslagen und Schreibgebühren berechnet werden.

Einer Abweisung der Klage ist ein Rückzug derselben gleich zu behandeln (Ob. G. Beschluß Ryffel 4. Okt. 1873).

§ 541. Das Ergebniß des gerichtlichen Entscheides ist wenn nöthig auf Veranstaltung des Gerichtes öffentlich bekannt zu machen.

D. Verfahren vor dem Handelsgerichte.

§ 542. Die Klage wird beim Handelsgerichte anhängig gemacht durch Einreichung der friedensrichterlichen Weisung und einer kurzen schriftlichen Eingabe, in welcher alle Rechtsbegehren, sowie der thatsächliche Klagegrund unter Beilegung der sachbezüglichen Akten möglichst kurz, aber genau zu bezeichnen sind.

In besonders dringlichen Fällen kann die Klage ausnahmsweise mit Umgehung des Friedensrichteramtes unmittelbar bei dem Handelsgerichte angebracht werden.

Cf. §§ 50—59 und 95—102.

§ 543. Referentenaudienzen (§ 472) können in allen Fällen angeordnet werden; auch kann das Gericht jederzeit einen Sühnversuch zwischen den Parteien anstellen und damit einen Richter beauftragen.

§ 544. In Rechnungssachen oder in andern verwickelten Fällen ist das Gericht berechtigt, die Parteien zur Vernehmung vor Sachverständige zu verweisen und diesen aufzutragen, die Vermittlung zwischen den Parteien zu versuchen und, falls keine Vereinbarung zu Stande kommt, ein Gutachten abzugeben.

§ 545. Ueber Gegenstände, deren Beurtheilung kaufmännische Kenntnisse erfordert, sowie über das Vorhandensein von Handelsgebräuchen kann das Handelsgericht auf Grundlage der eigenen Fachkenntniß entscheiden.

Sind jedoch derartige Fragen besonders schwierig oder zweifelhaft, so müssen zur Entscheidung derselben auf Begehren des Handelsgerichtspräsidenten oder zweier Mitglieder des Gerichtes die sämmtlichen nicht abgelehnten kaufmännischen Richter, welche während des laufenden Jahres im Amte stehen, herbeigezogen werden. Der diesfällige Ausspruch ist in dem betreffenden Punkte maßgebend für das Urtheil.

§ 546. Zur Aufklärung erheblicher, aber bestrittener Thatsachen kann das Gericht von Amteswegen die Vorlegung der Handelsbücher anordnen und sich aus denselben Auszüge über dasjenige anfertigen, was auf den Streit Bezug hat.

Cf. § 409 ff.

Kann verlangt werden, daß ein auswärtiger Kaufmann seine Handelsbücher hier vorlege? Das Obergericht hatte sich am 23. August 1873 (Z. N. F. II. p. 234) bejahend und dahin ausgesprochen:

Es droht dem betreffenden Kaufmann lediglich diejenige Gefahr, die mit jeder Edition von Geschäftsbüchern, mit der durch diese nöthig werdenden Uebertragung der Detention an Dritte, verbunden ist und sofern man in dieser erzwungenen Uebertragung der Detention an Dritte und der damit verbundenen Gefahr einen Rechtsnachtheil — im vorliegenden Falle Versendung von Geschäftsbüchern von Wien nach Zürich einen bedeutenden Rechtsnachtheil — erblicken wollte, so könnte derselbe jedenfalls nicht als ein unabwendbarer bezeichnet werden, da ja Rekurrent z. B. Jemanden aus seinem Geschäfte beauftragen kann, die fraglichen Bücher persönlich hieher zu bringen.

Die Zeitschrift opponirte mit Recht gegen diesen Entscheid (Z. N. F. l. c. p. 235). Das Obergericht änderte seine Meinung und äußerte sich später (R.-B. 1874, p. 26, Nr. 20) dahin:

Die Versendung kaufmännischer Bücher an einen entfernten Ort, die damit verbundene Hemmung im Betriebe des Geschäftes und die aus dem möglichen Verlorengehen der Bücher drohenden Nachtheile werden allgemein

als etwas so Gefährliches und Lästiges angesehen, daß z. B. der französische Code de commerce in Art. 16 für den Fall, wo es sich um Einsicht von Handelsbüchern handelt, die an einem entfernten Orte liegen, vorschreibt, dieselbe könne entweder durch Requisition des an jenem Orte befindlichen Gerichtes oder durch Delegation eines Friedensrichters geschehen und daß das deutsche Handelsgesetzbuch in Art. 39 unbedingt vorschreibt, der Prozeßrichter müsse in einem solchen Falle das Gericht des Ortes, wo die Bücher liegen, ersuchen, sich dieselben vorlegen zu lassen. Wenn nun auch unsere Gesetzgebung keine positiven Vorschriften über diese Frage enthält und daher der Richter unzweifelhaft berechtigt ist, zu verlangen, daß auswärts befindliche Bücher ihm vorgelegt werden, so wird dies doch nur gefordert werden, wo besondere Gründe hiefür vorliegen (Urth. 27. Juni 1874).

§ 547. Der Präsident des Handelsgerichtes ist befugt, auch in Fällen, in welchen die Durchführung eines schriftlichen Vorverfahrens im Sinne der §§ 487 u. ff. nicht als nothwendig erscheint, den Beklagten vor der Hauptverhandlung zu einer kurzen schriftlichen Beantwortung der Klage oder zu schriftlichen Erklärungen über einzelne Punkte anzuhalten, sowie den Parteien zur Einreichung oder Bezeichnung von Beweismitteln zerstörliche Fristen anzusetzen, überhaupt in Fällen, welche sich hiezu eignen, das Nöthige zu verfügen, damit sofort nach der Hauptverhandlung das Endurtheil ausgefällt werden kann.

§ 548. Im Uebrigen finden die Vorschriften betreffend das bezirksgerichtliche Verfahren (§§ 471—496) auch auf das Verfahren vor Handelsgericht Anwendung.

Da die Praxis die Referentenaudienz hier thatsächlich zur ersten Verhandlung gemacht und das Gesetz dem Handelsgerichtspräsidium in § 547 eine sehr weitgehende Kompetenz anormaler Natur verliehen hat, — weicht re vera das diesfällige Verfahren vom gewöhnlichen erheblich ab. Mit Rücksicht auf jene Thatsache wäre es wohl auch richtiger zu verlangen, daß die Ausübung des Rekusationsrechtes (§ 56.2) schon vier Tage vor der Referentenaudienz stattzufinden habe.

§ 549. Die Urtheile des Handelsgerichtes werden mit der Ausfällung rechtskräftig. Gegen dieselben sind nur die Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde bei dem Obergerichte, der Revision und der Erläuterung zulässig.

Die Novelle hat vergessen, diesen § 549 entsprechend den neuen §§ 112 und 707 abzuändern. Gegen die Urtheile des Handelsgerichtes ist die Nichtigkeitsbeschwerde nicht mehr beim Obergerichte, sondern beim Kassationsgerichte anzubringen. — Cf. ad § 50.

IV. Abschnitt.

Das summarische Verfahren vor dem Bezirksgerichts-Präsidenten.

A. Allgemeine Bestimmungen.

§ 550. Das summarische Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten findet Anwendung auf alle in diesem Abschnitte aufgeführten Gesuche.

Unter dem summarischen Verfahren versteht man dasjenige Verfahren, in welchem ein kürzeres und einfacheres Prozedere eintritt. Der Name dafür ist summaria cognitio. Die Vereinfachung besteht unter Anderem darin, daß gewisse Formalitäten der gewöhnlichen Zivilprozesse weggelassen werden und sodann in einer bedeutenden Abkürzung des Verfahrens und der Fristen. (Cf. auch § 152 und ad § 203).

Literatur:

Bayer: Theorie der summarischen Prozesse (1830).

Briegleb: Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse (Leipzig 1859).

Meyer: Ueber das summarische Verfahren nach zürcherischem Rechte (Zürich 1844).

Der Kanzleistil nennt die summarische Klage imploratio, den Kläger Implorant (auch Petent), den Beklagten Implorat. Oft werden bei uns auch die Parteinamen des gewöhnlichen Zivilprozesses angewendet (cf. z. B. §§ 551, 552 und 554).

Die zürcherische Praxis hat ausgesprochen, daß die Anhängigmachung einer Forderung vor Friedensrichteramt den Kläger der Befugniß nicht beraube, für eine liquide Ansprache Rechtsöffnung zu verlangen und dadurch den weitläufigern und kostspieligern Weg des ordentlichen Verfahrens zu vermeiden (cf. ad § 294). Immerhin wurde später hinzugefügt: es folgt daraus ganz und gar nicht, daß, nachdem Ansprecher sich davon überzeugt, er vermöge im Wege des Rechtstriebs nicht durchzudringen und daher den ordentlichen Weg Rechtens bereits eingeschlagen hat, er nunmehr für die gleiche Ansprache neben dem obschwebenden Prozesse noch die Schuldbetreibung anheben und sonach seine Rechte zu gleicher Zeit im ordentlichen und im außerordentlichen Verfahren geltend machen könne (Z. V. p. 343).

Cf. ad §§ 247, 561, 563, 573 und 688.3.

§ 551. Der Kläger kann ohne besondere Vorladung vor dem Gerichtspräsidenten erscheinen und sein Gesuch mündlich stellen oder schriftlich einreichen.

Es bedarf also hier auch keiner friedensrichterlichen Vermittlung (cf. ad § 78). Dagegen muß das Petitum auch im summarischen Verfahren schon vor erster Instanz klar bezeichnet werden. Vor zweiter Instanz ist also eine Abänderung des Petitums (§ 291) nicht möglich. Wohl aber dürfen prinzipiell im summarischen Prozesse Nova vorgebracht werden. Die Praxis verwischt manchmal diese beiden Gesichtspunkte.

§ 552. Die Vernehmung des Beklagten kann, sofern das Gesetz nicht etwas Anderes bestimmt, mündlich oder schriftlich geschehen.

Der Gerichtspräsident ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, das persönliche und gleichzeitige Erscheinen beider Parteien zu verlangen. Vorbehalten bleiben die Fälle, in welchen die Hinüberleitung der Sache in das ordentliche Verfahren beantragt wird (§ 564, Ziff. 2).

Cf. § 117.

§ 553. Im summarischen Verfahren sind im Allgemeinen nur Beweise durch Urkunden und amtliche Berichte zulässig, andere Beweismittel bloß, soweit sie ausdrücklich gestattet sind (§ 583).

Zeugen dürfen nur abgehört werden im Befehlsverfahren zur Konstatirung eines mit Ordnungsbuße zu bestrafenden Ungehorsams (§ 579, Ziff. 2) und im Arrestprozesse (§ 607).

Schriftliche Zeugnisse von Privaten sind nur zulässig in den Fällen des § 369 und wenn eine als Zeuge angerufene Person schriftlich erklärt, daß sie von dem zu bezeugenden Sachverhalte keine Kenntniß habe.

§ 554. Die Beweismittel sind von Seiten des Klägers bei Stellung des Gesuches und von Seiten des Beklagten mit der Antwort auf dasselbe vorzulegen.

Der Gerichtspräsident ist befugt, zur Beibringung anerbotener Beweise zerstörliche Fristen anzusetzen.

Ein formales Beweisdekret wird im summarischen Prozesse nie erlassen. Dagegen gilt selbstverständlich auch hier die Verhandlungsmaxime (§ 286) und der Grundsatz des wechselseitigen Gehörs. Immerhin liegt es in der Natur des summarischen Verfahrens, daß sehr häufig provisorische Vorkehrungen auf blos einseitigen Antrag erlassen werden müssen (z. B. Arreste, Bauinhibitionen etc.).

Das Korrektiv hiergegen liegt eines Theils im Rekursrecht (das nahezu unbeschränkt ist cf. § 81 a) andern Theils in der Thatsache, daß die Entscheide des summarischen Richters der Regel nach nur provisorischer Natur sind. Deswegen spielt auch die Eventualmaxime hier nicht die bedeutende Rolle, die sie im ordentlichen Prozesse hat. Es muß also betont werden: Verfügungen im summarischen und Befehlsverfahren schaffen in der Regel nicht in dem Sinne formelles Recht, daß Einreden im ordentlichen Verfahren ausgeschlossen wären, wenn sie im summarischen Prozesse nicht vorgebracht wurden.

Neuestens drückt sich die Appellationskammer noch viel schärfer dahin aus: Die Wirkung von rechtskräftigen Erkenntnissen kommt den Entscheiden im summarischen Verfahren niemals zu (Appellationskammer Zuber 17. Sept. 1881).

§ 555. Die Hinüberleitung einer Sache aus dem summarischen in das ordentliche Verfahren, beziehungsweise die unmittelbare Anhängigmachung des ordentlichen Rechtsstreites (§ 462) ist, soweit sie überhaupt nach den folgenden besondern Vorschriften als zulässig erscheint, auf diejenigen Fälle beschränkt, für deren Entscheidung durch Erkenntniß der Gerichtspräsident kompetent ist (§ 80).

Das zu diesem Zwecke zu beobachtende Verfahren ist analog dem für die Behandlung von Rechtsöffnungsgesuchen vorgeschriebenen (§§ 564 und 565).

Rekurs gegen eine solche Hinüberleitung ist nur zulässig, insoweit das eingeschlagene Verfahren an Nichtigkeit leiden würde.

§ 556. Wenn es sich um Schadensersatzforderungen oder überhaupt um unbestimmte Geldforderungen handelt, welche die Kompetenz des Gerichtspräsidenten nicht übersteigen und die an sich nicht bestritten sind, so hat er auch im summarischen Verfahren das Recht, die Größe solcher Forderungen nach richterlichem Ermessen festzustellen, ohne daß deshalb die Form des Erkenntnisses nöthig wird.

§ 557. Die Parteien haben sich nöthigen Falls bei der ersten Audienz darüber zu erklären, ob sie die endliche Kompetenz des Gerichtspräsidenten anerkennen (§ 81).

§ 558. Steht die endliche Kompetenz fest, so haben die Parteien ihre sämmtlichen Angriffs- und Vertheidigungsmittel vorzulegen und es können die diesfälligen Verfügungen nur mittelst der Nichtigkeitsbeschwerde bei der Rekurskammer des Obergerichtes angegriffen oder auf dem Wege der Revision und Erläuterung abgeändert werden.

Hier gilt also die Eventualmaxime.

§ 559. In denjenigen Fällen, in welchen der Präsident nur erstinstanzlich verfügt und Rekurs an die Rekurskammer des Obergerichtes gestattet ist, steht es jeder Partei frei, vor erster Instanz nur so viel vorzutragen, als nöthig ist, um eine Verfügung zu ihren Gunsten zu erwirken. Vorbehalten bleibt jedoch die Bestimmung des § 697.

§ 560. Legt nur die eine Partei dem Streitgegenstande einen Werth von mehr als Fr. 50 bei und beruhigt sie sich mit einer gegentheiligen Schätzung des Gerichtspräsidenten nicht, so ist der Fall einstweilen wie ein in die endliche Kompetenz fallender zu behandeln (§ 558).

Beschwerde hierüber ist nur zulässig in Verbindung mit dem Rekurse gegen die Erledigungsverfügung, und dieser bloß derjenigen Partei gestattet, welche die endliche Kompetenz bestritten hat.

§ 561. Die Verfügungen im summarischen Verfahren sollen kurz die wesentlichen faktischen Verhältnisse, und soweit nöthig eine rechtliche Begründung oder eine Verweisung auf die zur Anwendung gebrachten Gesetzesstellen, endlich die Anzeige enthalten, ob ein Rekurs zulässig sei oder nicht, und im erstern Falle die Bezeichnung des Beginnes und der Dauer der

Rekursfrist. Diese letztere kann in dringlichen Fällen bis auf 48 Stunden herabgesetzt werden.

Man spricht im summarischen Verfahren nicht von Urtheilen oder Erkenntnissen, sondern von bloßen Verfügungen. Die Abfassung derselben geschieht in einer formlosern Art.

Mit der Insinuation der erstinstanzlichen Verfügungen sind den Parteien alle eingelegten Akten zu restituiren, so daß sie vor zweiter Instanz neu zu produziren sind. Es ist dies eine Abweichung vom normalen Zivilprozesse. Betreffend die Rechtsmittel cf. §§ 692—698.

§ 562. Die Verfügungen werden in chronologischer Ordnung in das Audienz-Protokoll eingetragen; soweit Formulare bestehen, genügt auch eine Notiz.

Für die Protokollführung kann der Präsident den Gerichtsschreiber oder dessen Substituten oder einen unter Verantwortlichkeit des Erstern stehenden Sekretär in Anspruch nehmen.

B. Schuldbetreibungssachen.

§ 563. Für die Behandlung der Gesuche um Rechtsöffnung, um Sistirung des Rechtstriebes und anderweitiger Gesuche im Rechtstriebverfahren gelten im Allgemeinen die Vorschriften des Gesetzes betreffend die Schuldbetreibung, soweit sie nicht durch die Bestimmungen der §§ 550—562 beschränkt oder erweitert sind.

Das gegenwärtig geltende Gesetz datirt von 1871 (Off. S. XVI. p. 181). Das betreffende Verfahren ist detaillirt geschildert in meiner Abhandlung: Die Schuldexekution und das Konkursverfahren im zürcherischen Rechte (Z. für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege V. p. 105—134). Cf. ad § 91.

Die Bezeichnung „Rechtsöffnung" bedeutet sprachlich natürlich Offenbarung des Rechts.

§ 155.2 des Rechtstriebsgesetzes kommt gemäß § 1200 lit. g. des Proz.-Ges. jetzt nicht mehr zur Anwendung (R.-B. 1880, Nr. 9). — Schon wegen der Ordnung im Betreibungsverfahren muß der Satz aufgestellt werden, daß zwei Exekutionen für die nämliche Ansprache nebeneinander nicht bestehen können (Z. XXIII. p. 269/70). Aus diesem Satze folgt indessen nur, daß die Einleitung einer zweiten Betreibung den Untergang der ersten, soweit sie überhaupt noch pendent ist, zur Folge hat. Nie und nimmer aber darf daraus der weitere Schluß gezogen werden, daß damit auch die aus der frühern Betreibung bereits hervorgegangenen Rechte verwirkt werden (Urtheil der Appellationskammer Zuber 17. September 1881 und Z. XXII. p. 256).

§ 564. Bei Behandlung von Rechtsöffnungsgesuchen, welche sich auf einen 50 Fr., jedoch nicht 200 Fr. übersteigenden Betrag beziehen, ist mit Rücksicht auf die Möglichkeit, solche Ansprüche unmittelbar aus dem summarischen in das ordentliche Verfahren hinüber zu leiten (§§ 462 und 555), folgendermaßen zu verfahren:

1. Ergibt sich schon bei Stellung des Gesuches, daß demselben überhaupt nicht, oder doch nicht ohne Beweisverfahren entsprochen werden könnte,

so ist dasselbe abzuweisen; dem Kläger steht dann frei, den Streit im ordentlichen Verfahren neuerdings anhängig zu machen.

2. In den andern Fällen ist, wenn der Kläger schon bei Anbringung seines Gesuches oder der Beklagte bei Beantwortung desselben darauf angetragen hat, daß die Sache nöthigenfalls in das ordentliche Verfahren hinüber geleitet werde, sofort ein Vorstand beider Parteien anzuordnen. Ergibt sich dann hiebei:

a) daß die Ansprache liquid ist, oder auf dem summarischen Wege liquid gemacht werden kann (§ 553), und daß die dagegen erhobenen Einreden, auch wenn sie bewiesen wären, nach den Bestimmungen des Gesetzes betreffend die Schuldbetreibung zur Abweisung der Ansprache nicht genügen, so ist dem Kläger ohne Weiteres durch Verfügung zu entsprechen; dem Beklagten bleibt überlassen, allfällige Gegenforderungen selbstständig einzuklagen, beziehungsweise Rückforderungsklage anzustellen;

b) daß über das Gesuch nicht entschieden werden kann, ohne daß für den an sich bestrittenen Anspruch oder für eine bestrittene Einrede noch anerbotene, im summarischen Verfahren aber unzulässige Beweise abgenommen werden, so sorgt der Präsident für sofortige Protokollirung der stattgehabten Parteiverhandlungen, ordnet die Beweisabnahme an und entscheidet alsdann durch Erkenntniß (§§ 466 u ff.).

§ 565. Ergibt sich bei diesem Vorstande, daß der Streit seinem Werthe nach in die friedensrichterliche oder in die bezirksgerichtliche Kompetenz fällt, so ist auf das Begehren um Hinüberleitung in das ordentliche Verfahren keine Rücksicht zu nehmen, sondern der Kläger durch Verfügung an die zuständige Gerichtsstelle zu weisen.

Gegen die Verweisung an den Friedensrichter ist Rekurs nicht zulässig.

Richtiger wäre es wohl, von einer Verweisung an den Friedensrichter auch in diesem Falle abzusehen. Weit rationeller dürfte es de lege ferenda sein, die Behandlung aller Streitigkeiten bis 200 Fr. dem Gerichtspräsidenten zu übertragen (cf. ad § 78).

C. Aufkündungen.

§ 566. Die amtliche Aufkündung von Schulden, von Mieth- und Pachtverträgen geschieht durch Vermittlung des Gemeindammanns.

Vorbehalten bleiben die besonderen Bestimmungen über die Aufkündung von grundversicherten Kapitalien im Falle der Bereinigung eines Grundprotokolles.

§ 567. Der Gemeindammann führt über die von ihm besorgten Aufkündungen ein besonderes Protokoll und bemerkt in demselben den Tag, an welchem das Begehren eingegangen, den Namen des Gläubigers und des Schuldners, den Betrag der Schuldsumme, sowie den Tag der Anlegung.

Ergo nicht in das Zivilprotokoll, wohin die amtlichen Anzeigen gehören.

§ 568. Das Aufkündungsbegehren ist dem Gemeindammann am Wohnorte Desjenigen, dem gekündet werden soll, schriftlich einzureichen unter genauer Bezeichnung der Person des Letztern, der Art und Größe der Schuld, beziehungsweise des Mieth- oder Pacht-Vertrages, sowie des Zeitpunktes, auf welchen gekündet wird.

Zu derartigen Aufkündungen ist die Mitwirkung von Beamten nicht erforderlich (§ 576). Wird aber das Gemeindammannamt dazu verwendet, so ist einzig das Gemeindammannamt am Orte Desjenigen, dem gekündet werden soll, kompetent. Die Kündigung durch den Gemeindammann am Wohnort Desjenigen, der kündet, hat nicht einmal die juristische Bedeutung einer privaten Notifikation (Appellationskammer 18. März 1880 Weber, abgedruckt in König's Z. XVI. p. 174—177).

§ 569. Der Gemeindammann fertigt die Aufkündung doppelt aus. Das eine Doppel stellt er innerhalb zwei Tagen vom Eingange des Begehrens nach Vorschrift der §§ 183 und 187 Demjenigen zu, dem aufgekündet werden soll; auf dem andern Doppel läßt er von dem Empfänger die Zustellung der Aufkündung und den Tag, an welchem dieselbe stattfand, bescheinigen und übermacht sodann dasselbe binnen weiteren zwei Tagen dem Aufkündenden.

Gegen Vergütung der doppelten Gebühr kann indeß der Aufkündende verlangen, daß die fraglichen Zustellungen je binnen 24 Stunden stattfinden.

Die Aufkündung kann wie ein Rechtsbot in Abwesenheit des Angesprochenen einem Hausgenossen behändigt werden (Rekurskammer Hotz 11. April 1877).

§ 570. Die Annahme einer amtlich vermittelten Aufkündung darf nicht verweigert werden. Hält der Empfänger dieselbe für unzulässig, so hat er innerhalb zehn Tagen, von der Zustellung an gerechnet, unter Vorweisung des betreffenden Doppels beim Gemeindammann Rechtsvorschlag zu erheben, d. h. zu erklären, daß und warum er die Aufkündung bestreite; nach Ablauf dieser Frist ist ein Rechtsvorschlag nicht mehr statthaft.

Es können auch Einwendungen materieller Natur vorgebracht werden (Rekurskammer Reichling 6. Juli 1877). Erfolgt ein Rechtsvorschlag

nicht, so wird angenommen, die Aufkündung werde anerkannt (Appellationskammer Boßhardt 15. Juni 1880).

§ 571. Der Gemeindammann setzt die rechtzeitig erfolgte Bestreitung unter Beifügung des Datums und seiner Unterschrift auf das ihm vorgewiesene Doppel der Aufkündung und versendet dasselbe spätestens innerhalb zwei Tagen von der Erhebung des Rechtsvorschlages an gerechnet an den Aufkündenden. Der Tag der Versendung ist sowohl auf der Aufkündung als im Protokolle vorzumerken.

§ 572. Innerhalb zehn Tagen, von der Versendung an gerechnet, kann der Aufkündende bei dem Gerichtspräsidenten um Aufhebung des Rechtsvorschlages einkommen. Geschieht dies nicht, so wird angenommen, er verzichte einstweilen auf die Kündung.

Natürlich kann der Aufkündende, wenn er es vorzieht, auch ohne Weiteres den ordentlichen Prozeßweg betreten.

§ 573. Der Gerichtspräsident ladet hierauf, sofern sich das Gesuch um Aufhebung des Rechtsvorschlages nicht sofort als unbegründet darstellt, den Empfänger der Aufkündung unter der Androhung vor sich, daß im Falle ungerechtfertigten Ausbleibens die thatsächlichen Behauptungen des Gesuchstellers als wahr angenommen würden.

Gegenüber einer schriftlichen Kündigung ist das Beweisanerbieten unerheblich, daß mündlich die Fortsetzung der Miethe vereinbart worden sei (Rekurskammer Knecht 13. April 1877). Cf. Ullmer's Kommentar Nr. 2193.

Wenn der angesprochene Miether über die Gültigkeit der Aufkündung einen ordentlichen Prozeß einleitet, so hindert dies den Ansprecher nicht, die Ausweisung zu fordern, gesetzt, die Aufkündung sei unzweifelhaft gültig erfolgt (Oberger. Beschluß Zimmermann 7. Juni 1877).

§ 574. Die Zulässigkeit der Hinüberleitung des Streites in das ordentliche Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten (§§ 462, 555 und 564), sowie die Zulässigkeit des Rekurses gegen Verfügungen und Erkenntnisse im Kündungsverfahren bestimmt sich nach der Größe der aufgekündeten Forderung, bei Mieth- und Pachtverträgen nach dem Betrage des Mieth- und Pachtzinses, auf ein halbes Jahr berechnet.

§ 575. Die Unterlassung des Rekurses gegen eine den Rechtsvorschlag bestätigende Verfügung gilt als Verzicht auf die erlassene Kündung, sofern nicht der Aufkündende innerhalb vier Wochen vom Erlaß der Verfügung an seine Klage auf dem Wege des ordentlichen Verfahrens bei Gericht anhängig macht.

Ist aber bei Kündung einer Schuld der Rechtsvorschlag lediglich aus dem Grunde bestätigt worden, weil das Schuldverhältniß selbst als nicht liquid erscheint, so ist der Aufkündende

nicht gehindert, die Forderung als eine mit Eintritt des Kündungstermines fällige einzuklagen.

§ 576. Aufkündungen können auch ohne amtliche Mitwirkung erfolgen; dieselben gelten aber nicht schon in Folge Ablaufes einer gewissen Frist, sondern nur dann als anerkannt, wenn der Empfänger sich ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen oder Unterlassungen damit einverstanden erklärt.

Cf. ad § 568. — Die Aufkündung kann auch und ganz besonders durch einen eingeschriebenen Brief stattfinden. Legt der Schuldner denselben nicht vor, so ist anzunehmen, er sei gleichlautend mit der produzirten Abschrift (Oberger. Beschluß Egolf 29. November 1876).

D. Befehlsverfahren.

§ 577. Das Befehlsverfahren ist zulässig:

1. zur schnellen Handhabung klaren Rechtes bei nicht streitigen oder sofort herstellbaren thatsächlichen Verhältnissen;
2. zur Aufrechthaltung des thatsächlichen Zustandes und Abwendung drohenden Schadens vor oder nach ausgebrochenem Streite (vorsorgliche Maßnahmen);
3. zur Erhaltung des thatsächlichen Zustandes gegen versuchte oder drohende unerlaubte Selbsthülfe oder sonstige eigenmächtige Eingriffe und Störungen, namentlich zum Schutz des Besitzes, gemäß §§ 501 u. ff. des privatrechtlichen Gesetzbuches;
4. zur Wiedererlangung eines verlornen redlichen Besitzes, sofern die Klage innerhalb sechs Monaten seit dem Entzuge des Besitzes anhängig gemacht wird (§§ 505 u. ff. d. pr. G.).

Cf. ad § 197. — Das Befehlsverfahren findet nur statt zwischen Privatpersonen, nicht aber zwischen einer Privatperson und einer Beamtung. Wenn ein Private glaubt, seine Rechte werden verletzt durch die Handlung oder Unterlassung eines Beamten, so kann er sich deßhalb bei der Aufsichtsbehörde des Beamten beschweren und es wird auf dem Wege der Beschwerde entschieden, ob sein Begehren sich rechtfertige oder nicht (R.-B. 1880, Nr. 11).

Das Befehlsverfahren ist ferner nicht zulässig zur Erzwingung von Leistungen, welche auf dem öffentlichen Rechte beruhen, seien sie durch Gesetz bestimmt oder durch Verträge z. B. für die Beheizung von Bezirkslokalitäten. — Ebenso ist dieses Verfahren nicht statthaft zur Geltendmachung von Geldforderungen. Dazu besteht das Rechtstriebverfahren.

Es sind — gestützt auf § 577 Ziffer 1 — keine Befehle mehr an den andern Ehegatten zu erlassen, sofort zu dem andern zurückzukehren. Die Rückkehr ist nicht erzwingbar und es kommt einem darauf gerichteten Befehle keine weitere Bedeutung als diejenige eines Aktes zu, wodurch konstatirt wird, daß der verlassene Ehegatte mit der Entfernung des andern Ehegatten nicht einverstanden sei. Um diesen Willen zu konstatiren, bedarf es nicht der Mitwirkung des Bezirksgerichtspräsidenten, sondern es genügt dazu jede private oder amtliche Mittheilung an den abwesenden Ehegatten (R.-B. 1879, Nr. 13 und Ober-Ger. Wiesendanger 30. Juni 1881).

Bedingte Befehle und Verbote sind, abgesehen von Ausnahmefällen unzulässig (Ober=Ger. Beschluß Wild 13. Mai 1873).

Soweit es sich um vorsorgliche Maßnahmen handelt (Nr. 2), ist dem Petenten zugleich eine Frist anzusetzen, um die Streitsache im ordentlichen Verfahren anhängig zu machen. Cf. § 584.

§ 578. Zum Erlaß vorsorglicher Maßnahmen ist nach Anhängigmachung des Streites bei Gericht nur der in der Hauptsache erkennende Richter zuständig.

Blos vorsorgliche Maßnahmen haben keinen Anspruch auf Vollziehung in andern Kantonen (Ober=Ger. Beschluß Schlatter 3. Mai 1873).

Ein Sensal, welcher dem Verein der Mitglieder der Effektenbörse Z. angehörte, wurde mit 3/4 der Stimmen sämmtlicher Vereinsmitglieder aus dem Vereine ausgeschlossen, weil er sich hatte beikommen lassen, den Verkauf von ganz fiktiven Werthpapieren zu versuchen und schon öfters bei Hausse=Bewegungen der Börse unbegreiflich niedrige Kurse und umgekehrt bei Baisse unbegreiflich hohe Kurse als bezahlt ankündigte. Der Sensal faßte den Verein darüber in's Recht, ob dieser Beschluß nicht als statutenwidrig aufzuheben sei. Auf Begehren des Klägers beschloß das Bezirksgericht mit Erlaß des Beweisdekretes, Kläger sei bis nach Erledigung des Rechtsstreites befugt, im Börsenlokal die Funktionen eines Vereinsmitgliedes auszuüben. Hierüber beschwerte sich der Börsenverein. Die zweite Instanz hob diesen Beschluß auf. Gründe:

Es stellt sich dieser Beschluß als eine vorsorgliche Maßnahme i. S. des § 578 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege dar, die mit dem Gange des Prozesses nicht im Zusammenhange steht. Es kann nun aber von einem Besitzstande, der während der Dauer des Prozesses zu schützen wäre, hier nicht gesprochen werden, vielmehr hat der Rekursgegner, ehe er die Wiederaufnahme in den Verein verlangen kann, nachzuweisen, daß der Beschluß des Vereins, durch den er ausgeschlossen wurde, in statutenwidriger Art erfolgt sei. Bis zur Leistung dieses Nachweises ist die Schlußnahme des Vereins, dem die Handhabung seiner Statuten obliegt, aufrecht zu halten (R.=B. 1878, Nr. 57).

§ 579. Die Verfügungen im Befehlsverfahren können bestehen:

1. in allgemeinen Verboten, unter Androhung einer Polizeibuße gegen Ungehorsame, welche nicht innerhalb einer anzusetzenden Frist die Klage auf ein das Verbot ausschließendes Recht beim Friedensrichteramte einleiten;
2. in Befehlen und Verboten gegen bestimmte Personen unter Androhung von Rechtsnachtheilen, Exekution, Ordnungsbuße oder Ueberweisung wegen Ungehorsams, welch' letztere jedoch nur ausnahmsweise angedroht werden darf;
3. in Auflegung von Sicherstellung;
4. in Anordnungen, durch welche der Beklagte in der Verfügung über bestimmte Vermögensobjekte gehindert wird (§ 597).

Ad 1. Cf. § 283. Jede Nichtbeachtung eines Befehls oder Verbots, welches, wie z. B. Wegverbote, nicht gegen eine bestimmte Person gerichtet ist, ist als Polizeiübertretung anzusehen und als solche vom Gemeinderathe zu bestrafen. Solche allgemeine Verbote sind einfach zu erlassen „unter An-

drohung von Polizeibuße“ und es ist sodann Sache der Polizeibehörde, die Größe der Buße im einzelnen Falle zu bestimmen (R.-B. 1880, Nr. 10). Cf. diesfalls §§ 1040 und 1043.

Ad 2. In einem solchen Falle, da Ueberweisung an den Strafrichter angedroht worden war, wurde später bewiesen, daß der Befehl mißachtet worden ist. Daraufhin trat das Bezirksgerichtspräsidium in eine materielle Erörterung der Sache ein, ordnete Ueberweisung an das Statthalteramt an und setzte eine Rekursfrist an. Die Rekurskammer erklärte (Schmid 15. September 1881) diesfalls: es war offenbar unrichtig, daß das Gerichtspräsidium wieder auf das Materielle eintrat und noch eine Recursfrist ansetzte, statt lediglich der Androhung Folge zu geben und dem Strafrichter die Beurtheilung der Frage zu überlassen, ob eine Strafe wegen Ungehorsams einzutreten habe oder nicht.

Die Exekution kann vom Bezirksgerichtspräsidium direkt angeordnet werden und nicht bloß durch das Mittel des Statthalteramtes (Rekurskammer Knupp 20. Juni 1876).

Bei dem Verbot, einen Beruf (in concreto eine Bäckerei) zu betreiben, kann nicht Exekution, sondern nur Ordnungsbuße oder Ueberweisung wegen Ungehorsams angedroht werden (Rekurskammer Leutert 22. September 1877). Cf. indessen Ullmer's Kommentar Nr. 1476.

§ 580. Bei Stellung des Gesuches ist nicht bloß das Begehren genau zu bezeichnen, sondern auch das geltend gemachte Recht und die Art der Verletzung desselben.

Die Beweismittel sind sofort beizulegen oder, soweit das nicht möglich ist, genau zu bezeichnen.

§ 581. Stellt sich das Gesuch sofort als unbegründet dar, so weist der Präsident dasselbe von der Hand; erscheint es dagegen als unzweifelhaft begründet, so erläßt er sofort die geeignete Verfügung.

In allen anderen Fällen ladet er den Beklagten unter Angabe des Gesuches und unter der Androhung vor Audienz, daß bei unentschuldigtem Ausbleiben die thatsächlichen Behauptungen des Klägers als wahr angenommen würden.

Ausnahmsweise kann auch schriftliche Beantwortung gestattet oder verfügt werden.

Bei Befehlen, die ohne Anhörung des Beklagten definitiv erlassen worden sind, hat Letzterer die Wahl, ob er Revision verlangen oder rekurriren will, bei vorläufig erlassenen Befehlen muß er das Erstere thun.

§ 581.2 enthält eine absolute Vorschrift und nicht bloß eine Regel, sondern eine strickte Gesetzesbestimmung (Rekurskammer Boßhardt 26. Juni 1880).

§ 582. Ist Gefahr im Verzug, so darf der Gerichtspräsident zwar unverzüglich die zur Abwendung derselben geeigneten Verfügungen provisorisch erlassen; wenn er aber in diesem Falle den Beklagten nicht sofort zur Vernehmung vorladet, so hat er demselben wenigstens eine kurze Frist anzusetzen, um seine Einwendungen bei ihm vorzubringen, unter der Androhung, daß sonst die erlassene Verfügung definitiv in Kraft erwachse.

Rekurs gegen eine provisorische oder durch fruchtlosen Ablauf der Frist für Einsprachen definitiv in Kraft erwachsene Verfügung ist nicht zulässig.

§ 583. Im Befehlsverfahren darf die Anordnung eines Augenscheines, die Einziehung eines Gutachtens von Sachverständigen und Einforderung von Berichten zwar stattfinden, aber nur wenn es sich um Wiederlangung eines verlorenen Besitzes handelt (§ 577, Ziff. 4), und wenn ein solches Beweisverfahren nicht zu weitläufig und kostspielig wird; eine Schlußverhandlung zur Würdigung der Beweise ist in der Regel nicht anzuordnen.

Sind diese Bedingungen nicht vorhanden, so ist die Sache in das ordentliche Verfahren zu verweisen, oder dasselbe, wo die Kompetenz des Präsidenten ausreicht, auf Begehren sofort anzuordnen.

Die Voraussetzung des Befehlsverfahrens ist ausnahmslos die Liquidität des Anspruchs. Die faktischen Verhältnisse müssen feststehen und die für die Entscheidung maßgebenden Rechtsgrundsätze indubitati juris sein. Ueberall, wo die Klarlegung der Sache einer kontradiktorischen Verhandlung bedarf oder weitere Beweise abgenommen werden müssen oder wo vernünftigerweise Zweifel walten über die Fakta oder die rechtlichen Fragen — ist die Ueberweisung der Sache in's ordentliche Verfahren am Platze. Nur in dem einzigen Fall können einzelne Beweise erhoben werden, wo es sich um Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes handelt. Es ist dies eine Konzession z. G. des materiellen Rechts gegenüber einer offenbaren Widerrechtlichkeit.

§ 584. Wenn die Verfügung sich bloß als eine vorläufige Maßnahme darstellt, und eine definitive Erledigung des Anstandes einen gerichtlichen Entscheid fordert, so ist dem Kläger in der Regel eine angemessene Frist zur Anhängigmachung des Streites anzusetzen, und zwar unter der Androhung, daß sonst die getroffene Verfügung erlöschen würde.

§ 585. Vorsorgliche Maßnahmen (§ 577, Ziff. 2), durch welche die Gegenpartei in Schaden gerathen könnte, dürfen nur erlassen werden gegen sofort oder binnen kurzer Frist beizubringende Sicherheitsleistung für den muthmaßlich drohenden Schaden.

In andern Fällen kann der Gerichtspräsident seine Verfügung von einer Sicherheitsleistung der einen oder andern Partei abhängig machen.

Diese Bestimmung kann dann kaum angerufen werden, wenn es sich um eine vom Gerichte im Prozesse angeordnete vorsorgliche Maßnahme handelt.

§ 586. Wenn durch den Vollzug einer Verfügung im Befehlsverfahren dem Gemeindammann Baarauslagen oder bedeutende Arbeit erwachsen, so kann der diesfällige Auftrag unter

dem Vorbehalt ertheilt werden, daß solche Kosten vorher vertröstet werden.

E. Bauinhibitionen.

§ 587. Wer ein neues Gebäude errichten oder ein schon bestehendes in seiner äußern Gestalt verändern will, ist verpflichtet, vor Beginn des Baues ein sogenanntes Gespann aufzustellen, durch welches die künftige Gestalt des projektirten Gebäudes genau dargestellt wird, und gleichzeitig dem Gemeindrath eine genaue Maßbeschreibung desselben einzureichen, deren Einsichtnahme während des Inhibitionsverfahrens den Betheiligten freisteht. Zu diesem Behufe hat der Gemeindrath das Projekt und die Einsprachefrist unter genauer Angabe des letzten Tages derselben durch die in der Gemeinde üblichen Publikationsmittel bekannt zu machen.

Vorbehalten bleiben die besondern Bestimmungen der städtischen Bauordnung.

Es ist eine Spezialität des zürcherischen Rechts, daß Jeder, der auf seinem Grundstücke bauen will, durch ein Gespann von Stangen oder Latten die Umrisse des neuen oder zu erhöhenden Gebäudes genau an Ort und Stelle bezeichnen muß. Schon anno 1727 wurde eine „Baugespannordnung" erlassen (Bluntschli Zürcherische Staats- und Rechtsgeschichte, zweiter Theil, p. 98 und 99). Es ist wichtig zu betonen, daß das Baugespann (in St. Gallen heißt es „Visir") mit den dem Gemeinderath eingereichten Maßen übereinstimmen muß, weil dieselben nach Beseitigung des Baugespannes die einzige Garantie für Beobachtung des Projektes und des Gespannes bilden. An dieser Formalität, die keineswegs nutzlos ist, muß unbedingt festgehalten werden, trotz einem zum Theil entgegengesetzten Entscheide der Appellationskammer (13. Januar 1880 Reimann). Eher ließe sich eine Abweichung als annehmbar denken, die besteht zwischen dem Baugespann und der Maßbeschreibung, wenn die letztere anerkannt wird.

Ein Gespann ist bei allen Konstruktionen aufzustellen, die sich über den Boden erheben (cf. Schneider: Das zürcherische Baurecht p. 75—80, speziell p. 77 und Z. XXI. p. 41).

Ein Bauunternehmer hatte zwei verschiedene Baugespanne aufgestellt und auf die von dem Nachbar ausgewirkte Inhibition hin erklärt, das eine werde in erster Linie festgehalten, das zweite gelte nur eventuell. Darüber sprach sich die Appellationskammer folgendermaßen aus:

Als Grundlage des Prozesses kann einzig das erste der beiden Gespanne dienen. Es ist nicht zulässig und würde der bisherigen Gerichtspraxis zuwider laufen, neben einander zwei sich widersprechende Baugespanne, von denen das eine eventuell gelten soll, zu errichten und zum Gegenstande des Inhibitionsprozesses zu machen. Die nothwendige Klarheit des Baugespannes würde dadurch beeinträchtigt und die Handhabung der Rechtsmittel gegen rechtsverletzende Baugespanne in ungebührlicher Weise erschwert. In der Regel wird vielmehr in der Errichtung eines zweiten Baugespannes ein Verzicht auf die Ausführung des ersten erblickt werden müssen. Da in diesem Prozesse der Beklagte bei Errichtung des zweiten Gespannes ausdrücklich erklärte, er verzichte nicht auf die Ausführung des ersten, so wäre diese Interpretation seiner Handlung nicht statthaft, sondern es muß das zweite Gespann als nicht existent betrachtet werden und ihm überlassen bleiben,

wenn sich herausstellen sollte, daß er das erste nicht ausführen darf oder will, ein neues zu errichten (R.-B. 1878, Nr. 33).

Sobald also ein Bauprojekt nach der Publikation und erhobener Einsprache modifizirt wird, so liegt hierin ein Verzicht auf das Projekt und die Aufstellung eines neuen (Beschluß der Appellationskammer Irion 23. Dezember 1879). Cf. auch ad § 592.

Auch Gemeinden können bei öffentlich-rechtlichen Gründen Inhibitionen auswirken (Z. XIII. p. 255/6 und Beschluß des Obergerichtes Kunz 27. Februar 1877). Legitimirt zur Inhibition sind nicht bloß die Eigenthümer, in deren Rechte eingegriffen werden will, sondern auch der Usufruktuar, Usuar, auch wohl der grundversicherte Kreditor und Inhaber von Realrechten (Schneider l. c. p. 93 ff.). Speziell ist in der zürcherischen Praxis längst entschieden, daß jeder Miteigenthümer allein gegen das Bauprojekt eines Nachbars zu inhibiren befugt ist (cf. auch Appellationskammer Merz 20. September 1881). Dagegen ist nicht legitimirt der bauleitende Architekt (Appellationskammer 9. März 1880 Weber).

Materiell-rechtlich ist zu verweisen auf §§ 597—620 des Zivilgesetzes, sowie die Bauordnung für Zürich und Winterthur (Off. S. XIII. p. 143).

§ 588. Die Einsprachefrist beträgt vierzehn Tage, von der Bekanntmachung an gerechnet.

Wer nicht innerhalb dieser Frist einen Inhibitionsbefehl bei dem Gerichtspräsidenten auswirkt, hat jede Einsprache gegen die Baute verwirkt; vorbehalten bleibt der Fall der Verweigerung einer rechtzeitig begehrten Inhibition, wenn der Rekurs hiegegen begründet ist.

Natürlich hat der Inhibent bis zum letzten Tage der Einsprachefrist dasselbe Recht, wie wenn er von Anfang an für gut gefunden hätte, seine Rechte überhaupt erst am letzten Tage geltend zu machen (R.-B. 1880, Nr. 7).

Innerhalb der gesetzlichen Frist ist die Einsprache beim Gerichtspräsidium geltend zu machen: es ist indifferent, ob dem Baulustigen binnen derselben die Verfügung noch nicht insinuirt sei. Hierfür besteht eine gesetzliche Frist nicht (R.-B. 1877, Nr. 13).

Gleich wie andere Einsprachen gegen die Ausführung eines Baugespannes ist auch diejenige innerhalb der Einsprachefrist geltend zu machen, welche darauf gestützt wird, daß letzteres ganz oder theilweise auf dem Eigenthum des Einsprechers stehe. Nach Ablauf dieser Frist sind nur solche Einsprachegründe noch zu berücksichtigen, die sich erst im Verlaufe der Baute ergeben oder die in Folge arglistigen Verfahrens des Bauunternehmers nicht innerhalb der Frist haben geltend gemacht werden können (R.-B. 1877, Nr. 14).

§ 589. Der Einsprecher soll zwar sämmtliche Gründe seiner Inhibition geltend machen und es sind dieselben auch in die Verfügung kurz aufzunehmen. Hat er aber hiebei Etwas versäumt, so kann er zwar nicht mehr im summarischen, wohl aber im ordentlichen Verfahren nach Ablauf der Frist noch andere Gründe geltend machen.

Der Umstand, daß das Grundstück, auf dem gebaut werden will, wahrscheinlich bei Erstellung einer Eisenbahn in Abtretung fallen werde, berechtigt die Eisenbahn nicht zur Einsprache (Oberger. Beschluß Stutz 5. April 1873).

Eine Einsprache ist nicht schon dadurch begründet, daß der Gemeindrath das betreffende Grundstück als Schießplatz bestimmt hat und wahrscheinlich

dasselbe expropriren will (Ober-Ger. Beschluß i. S. Horgen 7. April 1877).

Einige Gemeindräthe aus Gemeinden, in denen die städtische Bauordnung nicht gilt, inhibirten gegen projektirte Bauten gestützt darauf, daß sie beabsichtigen, über die betreffende Stelle eine Straße anzulegen. Diese Einsprachen wurden verworfen, indem bemerkt wurde: So lange die projektirte Straße vom Regierungsrathe nicht genehmigt und das Expropriationsverfahren gegen den Bauunternehmer nicht eingeleitet ist, so lange ist derselbe auch berechtigt, über sein Grundeigenthum frei zu verfügen und Bauten darin aufzuführen, ohne auf eine projektirte Straße, die durch sein Grundeigenthum geführt werden soll, irgend welche Rücksicht nehmen zu müssen (R.-B. 1875, p. 93).

Gegen den Beginn eines Baues kann nur aus denselben Gründen, wie gegen ein Baugespann inhibirt werden. Der bloße Vorsatz, eine Straße gelegentlich zu bauen, die, wenn sie bestände, ein gesetzliches Hinderniß gegen einen beabsichtigten Bau bilden würde, ist kein Inhibitionsgrund (R.B. 1874, p. 17, Nr. 4).

Das Gesetz hat nur Einsprachen gegen die Stellung und Gestalt des Gespannes im Auge. Solche gegen die Anbringung von Fenstern in eine Grenzmauer sind noch nach Ablauf der Frist zu berücksichtigen, gesetzt auch die Fenster seien in den Plänen eingezeichnet gewesen (Ober-Ger. Urtheil Schinz 24. Februar 1877).

§ 590. Durch den Inhibitionsbefehl ist dem Bauherrn die Ausführung der Baute einstweilen zu verbieten, dem Einsprecher aber anzuzeigen, daß er den Streit innerhalb acht Tagen vom Tage des Befehls an beim Friedensrichter anhängig zu machen, und sofern eine Ausgleichung nicht zu Stande komme, die Weisung binnen weitern vierzehn Tagen dem zuständigen Richter einzureichen habe, widrigenfalls die Inhibition erlösche.

Der Bauherr kann aber auch selbst die Weisung aushinnehmen und den Streit früher gerichtlich anhängig machen, oder sofern der Werth des Streites in die Kompetenz des Gerichtspräsidenten einschlägt, das richterliche Erkenntniß desselben ohne vorausgegangenes Sühnverfahren beantragen.

Ob der Streit rechtzeitig beim Friedensrichteramte anhängig gemacht wurde, braucht vom Gerichte nicht von Amtswegen geprüft zu werden (cf. ad § 204).

§ 591. Sind die von dem Einsprecher für sein Inhibitionsgesuch angeführten Gründe selbst unter Voraussetzung ihrer thatsächlichen Richtigkeit offenbar ungenügend, um eine Einsprache zu rechtfertigen, so soll die Erlassung der Inhibition verweigert und hierüber dem Einsprecher auf Verlangen ein schriftlicher Bescheid zugestellt werden.

Wenn die Inhibition gegen die beabsichtigte Benützung des projektirten Gebäudes gerichtet ist und der Unternehmer erklärt, er erstelle dasselbe eventuell auch dann, wenn ihm jene Benützung untersagt werde, so ist die Inhibition aufzuheben (Ober-Ger. Beschluß Escher Wyß & Cie. 10. Mai 1873).

Dagegen kann die Inhibition nicht deßwegen aufgehoben werden, weil der Baulustige erklärt, er wolle die Baute wieder beseitigen, wenn durch den

gerichtlichen Entscheid die Inhibition begründet gefunden werde. Derjenige, der sich durch ein Bauprojekt verletzt fühlt, braucht sich diese Verletzung nicht einmal zeitweise gefallen zu lassen (Z. XVI. p. 255/6).

§ 592. Soweit ein Rekurs mit Rücksicht auf den Werth des Streites überhaupt zulässig ist, ist derselbe dem Einsprecher gegen einen abweisenden Bescheid unbedingt gestattet, dem Bauherrn dagegen nur, insofern er nachweisen kann, daß gemäß § 591 die Inhibition hätte verweigert werden sollen.

Eine Prüfung darüber, ob die angeführten Inhibitionsgründe thatsächlich richtig seien, steht der Rekursinstanz nicht zu.

Eine besondere Partikularität des Bauprozesses besteht, wie schon ad § 587 gesagt, darin, daß das Baugespann und die Maßbeschreibung die alleinige Basis für den Streit bildet. Sobald diese Basis vom Baulustigen absichtlich verändert wird, ist der Prozeß als gegenstandslos zu behandeln. Daran ist unbedingt festzuhalten. Ist das Gespann kasuell (z. B. durch Windstoß etc.) verändert oder beseitigt worden, so muß dasselbe vom Baulustigen sofort wieder in den vorigen Zustand gebracht werden.

§ 593. Jede rechtliche Wirkung des Baugespannes hört auf, wenn der Bau länger als ein Jahr nicht begonnen wird und zwar

1. in Fällen, in denen keine Einsprache erhoben wurde, vom Ablaufe der Einsprachefrist an, und wo die städtische Bauordnung zur Anwendung kommt, vom Tage des Entscheides des Gemeindrathes an (§§ 30 und 32 der städtischen Bauordnung);
2. in Fällen, in denen Einsprache erhoben wurde, vom Tage der Ausfällung des rechtskräftigen Urtheils, oder sofern dieselbe durch Vergleich oder Abstand erledigt wurde, vom Tage des letztern an.

§ 594. Auf ein in früherer Zeit erlassenes Erkenntniß, durch welches, gestützt auf damalige Gesetze oder Uebungen, die Ausführung einer Baute untersagt wurde, kann die Einrede der abgeurtheilten Sache nicht gegründet werden, wenn und soweit durch ein späteres Gesetz die Baufreiheit erweitert worden ist.

Cf. Z. XVI. p. 173 und p. 436 ff.

F. Beschlagnahmen.

§ 595. Die Beschlagnahme von Vermögensstücken eines Schuldners ist nur zulässig, wenn Gefahr vorhanden ist, daß ohne eine solche Maßregel dem Ansprecher die wirksame Verfolgung seines Rechtes unmöglich gemacht oder doch sehr erschwert würde. Auf die Fälligkeit der Forderung kommt es nicht an.

Der Arrestprozeß schließt sich an das Pfändungsrecht des Mittelalters an.

Literatur.

Wach: Der Arrestprozeß in seiner geschichtlichen Entwicklung. Erster Band (Leipzig 1868).

Nägeli: Das germanische Selbstpfändungsrecht (1876).

Die Eigenthümlichkeit des Arrestprozesses besteht darin, daß hier mit der Exekution begonnen wird (wie bei dem „Rechtstriebe"). Der Arrest ist nach zürcherischem Rechte ein Dekret des Bezirksgerichtspräsidenten, wodurch dem Besitzer die Disposition über eine bewegliche oder unbewegliche Sache oder das Recht über eine Forderung entzogen wird. Es gibt bei uns keinen Personalarrest für Schulden („Wortzeichen") mehr.

Der Arrest ist bedingt durch zwei Voraussetzungen. Es muß zweierlei vorliegen:

a) die Ansprache muß bescheinigt sein. Sie braucht nicht fällig zu sein. Ein förmlicher Beweis ist nicht nöthig;

b) ein Arrestgrund. Diesfalls ist maßgebend §§ 595 und 596. Dazu kommt noch § 604.

Cf. diesfalls § 602.

Wann im Einzelnen zureichende Arrestgründe vorliegen, ist eine Sache delikater Natur und es bedarf einer großen Erfahrung und Umsicht, um hier das Richtige zu treffen. Im Zweifel soll aber eher dem materiellen Rechte geholfen werden.

§ 596. Eine Gefahr dieser Art ist namentlich dann anzunehmen:

1. wenn der Schuldner notorisch keinen festen Wohnsitz hat;
2. wenn er auf der Flucht befindlich oder derselben verdächtig ist und kein sicher stellendes unbewegliches Vermögen im Kanton besitzt;
3. wenn er sein Vermögen verschwendet oder auf verdächtige Art veräußert oder aus dem Kanton wegzubringen sucht oder sonst Einleitungen trifft, um sich der künftigen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten widerrechtlich zu entziehen (§ 989 d. pr. G.);
4. wenn ein landesfremder Schuldner sich von seinem bisherigen Aufenthaltsorte zu entfernen beabsichtigt, ohne seine Schulden zu bezahlen;
5. wenn ein Schuldner durch allgemeine und eingreifende Verpfändungen seiner Habe dem generell versicherten Gläubiger seine Sicherheit zu entziehen beabsichtigt (§ 893 d. pr. G.);
6. wenn sich ein Angesprochener dem Gerichtsstande des Vertrages oder des Vergehens, da wo derselbe begründet ist, entziehen und für Erfüllung seiner Verbindlichkeit nicht Sicherheit leisten will;
7. wenn gegen Landesfremde von ihren zuständigen Gerichten für eine nach hiesigem Gesetze klagbare Forderung kein Recht gehalten wird, oder wenn auf ihr Betreiben diesseitige Angehörige einem fremden, nach hiesigen Gesetzen nicht zuständigen Gerichte unterworfen worden sind;

8. wenn Ansprüche gegen einen Verstorbenen verfolgt werden, die Erben aber im Begriffe sind, die Erbschaft zu theilen und nach der Theilung die Vollstreckung bei verschiedenen Gerichten nachgesucht werden müßte (§ 1983 d. pr. G.).

Mangel an unbeweglichem Vermögen, sowie Armuth des Schuldners allein ist kein genügender Arrestgrund.

Aus dem Ausdrucke „namentlich" ergibt sich klar, daß das Gesetz nur die besonders hervorstechenden Fälle bezeichnet. Cf. §§ 520 und 521 und §§ 820 und 821.

Ad. 1. Cf. Z. XVI. p. 404/5.

Ad 3. Unter den in § 596 Ziffer 3 genannten Einleitungen, um sich der künftigen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entziehen, sind offenbar nicht ernstgemeinte Deckungsgeschäfte z. B. einzelner Kreditoren, sondern fingirte Geschäfte verstanden, durch welche der Schuldner seiner Aktiven sich nur zum Scheine entledigen und alle seine Gläubiger verkürzen will (R.-B. 1879, Nr. 7).

Ad 5. Ein Arrestgrund gegenüber Personen, welche im Begriffe sind, Verpfändungen über einzelne Vermögensstücke vorzunehmen, liegt nur dann vor, wenn es sich dabei offenbar darum handelt, entweder alle zur Befriedigung der Gläubiger dienlichen Aktiven einem einzigen Gläubiger zuzuwenden, in der Absicht, die übrigen leer ausgehen zu lassen, oder das auf diesem Wege aufgebrachte Geld nicht zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden, sondern für andere bei der ökonomischen Lage des Schuldners verdächtig erscheinende Zwecke aufzubewahren (R.-B. 1879, Nr. 8).

Ad 6. Cf. § 994 des Zivilgesetzes und § 216 des Prozeßgesetzes und Z. N. F. II. p. 232 und 233.

§ 597. Der Beschlag wird vollzogen:

1. auf unbewegliche Sachen durch Verbot der Veräußerung, Verpfändung oder Belastung, unter Vormerk im Notariatsprotokolle;
2. auf bewegliche Sachen,
   a) wenn sie im Besitze des Schuldners sind, dadurch, daß sie in amtlichen Verwahr genommen oder einem Dritten zur Aufbewahrung übergeben werden;
   b) wenn ein Dritter sie inne hat, durch Verbot der Ausfolgung bis auf weitere gerichtliche Verfügung bei Vermeidung eigener Haft und nöthigenfalls, sofern dies ohne Verletzung der Rechte Dritter möglich ist, durch Anordnung amtlicher Verwahrung;
   c) wenn der Beschlagnehmende selbst im Besitze ist, durch die Bewilligung, sie bis zu weiterer gerichtlicher Verfügung zurückzubehalten;
3. auf Forderungen dadurch, daß dem Schuldner bis auf weitere gerichtliche Verfügung bei Vermeidung nochmaliger Leistung die Zahlung untersagt und ihm dagegen eine Amtsstelle bezeichnet wird, an welche er zahlen kann.

Bei Beschlagnahme von beweglichen Sachen und Forderungen kann überdies die Sperrung des Pfandbuches

angeordnet und dieselbe je nach Umständen auch allein verhängt werden.

Ad 1. Zur vorläufigen Sicherung einer bestrittenen Servitutansprache ist nur die Sperrung der Notariatsprotokolle, dagegen nicht die vorläufige Eintragung der Ansprache statthaft.

Ad 2a. Trotz der Bestimmung einer Gesellschaft (in concreto der Rentenanstalt), daß Arreste auf die Police gelegt werden müssen, können zur Sicherung von Ansprüchen an den Versicherten Zahlungsverbote an die Gesellschaft ausgewirkt werden (Rekurs.-Entscheid Flachfeld 8. Februar 1875).

Wenn der Arrest auf eine durch Urtheil festgestellte Forderung des Arrestbeklagten an den Kläger gelegt ist, so muß Letzterer angewiesen werden, an eine Amtsstelle zu zahlen (Oberger. Beschluß Humbert 6. Januar 1876).

Bestreitet der Schuldner die Schuld, so genügt eine Anzeige an den Arrestimpetranten. Darauf, ob diese Bestreitung begründet sei oder ob z. B. Gegenforderungen bestehen, ist im Arrestverfahren nicht einzutreten (Oberger. Beschluß Kreditanstalt 15. April 1876).

Wenn das mit Arrest belegte Guthaben an eine Societät von einem Socio trotz des Arrestes bezahlt wird, so braucht der Arrestgläubiger sich hierum nicht zu kümmern, sondern kann sich an die Societät halten (Rekurskammer Wägeli 17. Dezember 1877).

Cf. auch Art. 196 des eidgenössischen O. R.

§ 598. Gegenstände, welche nicht gepfändet werden dürfen, sowie Ausweisschriften dürfen nicht mit Beschlag belegt werden.

Cf. § 53 des Rechtstriebsgesetzes. Was kann bei einer Gemeinde nicht gepfändet und daher nicht mit Beschlag belegt werden? Ich habe darauf in meiner Broschüre: Die Schuldexekution und der Konkurs gegen Gemeinden geantwortet.

Die Zurückhaltung von Ausweisschriften würde mit Art. 45 der Bundesverfassung im Widerspruch stehen (Bundesblatt 1875, III. 667, 1876 I. 969, 1881 II. 675).

Cf. das Konkordat betreffend die Effekten eines Falliten, die als Pfand in Kreditors Händen in einem andern Kanton liegen (Snell I. p. 243/4).

Die Beschlagnahme von Besoldungen eidgenössischer Beamten oder Angestellten wurde vom eidgenössischen Justizdepartement für unzulässig erklärt, so lange die Besoldungen nicht in den Privatbesitz der betreffenden Beamten übergegangen sind. Es wurden demgemäß auch gerichtliche Verfügungen an die Vorgesetzten, welche die Besoldungen auszugeben haben, nicht anerkannt (cf. Bundesblatt 1878 II. p. 513).

Cf. auch Art. 7.2 des Gesetzes betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Brachmonat 1881 (Bundesblatt 1881 III. p. 549 ff.).

§ 599. Die Beschlagnahme darf bloß so weit ausgedehnt werden, als zur Sicherung der bedrohten Ansprache und der muthmaßlichen Kosten unumgänglich nöthig ist, und muß auf Verlangen des Arrestbeklagten, selbst nach ihrer definitiven Bestätigung (§ 608), wieder aufgehoben werden, sobald derselbe für die Erfüllung seiner Verpflichtungen genügende Sicherheit leistet, oder wenn nachgewiesen wird, daß der Arrestgrund inzwischen weggefallen sei.

Unter „genügender Sicherheit" ist nicht die Substituirung eines andern Arrestobjektes, sondern z. B. die Bestellung eines Pfandrechtes auf andere Vermögensobjekte zu verstehen (Oberger. Beschluß Humbert 6. Januar 1876).

§ 600. Der Beschlag findet immer auf Gefahr des Klägers und vorläufig auch auf seine Kosten statt.

Der Arrestimpetrant haftet darnach nicht bloß, wenn ihm Dolus vorgeworfen werden kann, wie man auf Grund der Entscheidung in Ullmer's Kommentar Nr. 2420 und derjenigen der Appellationskammer 24. Mai 1876 Kappeler deduziren könnte. Schon die objektive Rechtswidrigkeit des Arrestes begründet die Schadenersatzpflicht (Ullmer's Supplement Nr. 3514; cf. indessen auch Nr. 3515).

Zu den Kosten gehört auch eine durch den Bezirksgerichtspräsidenten zu bestimmende Entschädigung an den Gemeindammann, der bei Ausführung der Beschlagnahme thätig war (Oberger. Urtheil Frymann 20. Januar 1877).

§ 601. Das Gesuch um Beschlagnahme ist bei dem Gerichtspräsidenten desjenigen Bezirkes anzubringen, in welchem das Arrestobjekt liegt.

In sehr dringlichen Fällen, in denen der Gerichtspräsident nicht sofort um Hülfe angegangen werden kann, darf der Gemeindammann die nöthigen Vorsichtsmaßregeln bis auf die Dauer von höchstens 24 Stunden treffen.

Es ist also hier das forum rei sitae maßgebend.

§ 602. Das Gesuch soll enthalten:

1. die Bezeichnung der Gegenstände, auf welche Beschlag verlangt wird;
2. die genaue Angabe der Forderung, zu deren Sicherstellung der Beschlag nachgesucht wird;
3. die Bezeichnung des Arrestgrundes.

Forderung und Arrestgrund müssen wenigstens wahrscheinlich gemacht werden.

Die diesfälligen Beweismittel sind dem Gesuche beizulegen oder, soweit dieses nicht möglich ist, genau zu bezeichnen.

Als Arrestforderung ist auch der Anspruch einer Ehefrau auf Alimentationsbeiträge für sich und das Kind, mit dem sie schwanger ist, angesehen worden (Oberger. Beschluß Bachmann 5. Oktober 1875). Cf. ad § 595.

§ 603. Ist kein Grund vorhanden, das Gesuch sofort entweder unbedingt oder angebrachtermaßen abzuweisen, so wird die Beschlagnahme vorläufig bewilligt.

Liegt jedoch für die behaupteten Thatsachen kein Wahrscheinlichkeitsbeweis vor, so darf, auch wenn dieselben unter Voraussetzung ihrer Richtigkeit als erheblich erscheinen, dem Gesuche nur entsprochen werden, wenn der Kläger vorher angemessene Sicherheit für alle aus der Beschlagnahme entstehenden Nachtheile leistet.

Die Primafacie-Kognition spielt hier natürlich eine große Rolle.

§ 604. Wird der Beschlag zur Sicherung des Gerichtsstandes angeordnet, so ist dem Arrestkläger durch die vorläufige Verfügung aufzugeben, binnen Frist die Hauptklage bei dem kompetenten Gerichte (§§ 209 u. ff.) anzuheben, ansonst der Beschlag aufgehoben würde.

§ 605. Der Beklagte hat das Recht, innerhalb dreißig Tagen, von der Mittheilung der Verfügung an gerechnet, dem Gerichtspräsidenten zu erklären, daß er dieselbe bestreite. Nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist gilt der Arrest als anerkannt.

Gegen eine vorläufige Arrestbewilligung ist Rekurs nicht zulässig.

§ 606. Behauptet ein Dritter, Eigenthümer der mit Arrest belegten Sachen zu sein, so kann er selbstständig das Gesuch um Aufhebung des Arrestes stellen.

Ist auch hier die Frist des § 605 maßgebend? Vor welches Gericht gehört hier der Prozeß gegen den Arrestgläubiger? Die Appellationskammer äußerte sich (R.-B. 1875 p. 129/30) dahin:

Wenn auch keine Gesetzesbestimmung ausdrücklich vorschreibt, daß wenn Gegenstände, welche auf Begehren eines Gläubigers zur Sicherstellung seiner Forderung an einen Schuldner mit Beschlag belegt sind, von einem Dritten als Eigenthum angesprochen werden, der hierüber zu führende Prozeß gegen den diese Eigenthumsansprache bestreitenden Gläubiger vor das Gericht des Ortes, wo der Arrest gelegt worden, gehöre, so muß doch dieses nach der Natur der Sache als das Richtige betrachtet werden. Der Arrest hat nur den Zweck, eine Pfändung der mit Beschlag belegten Sachen, bezw. eine Versteigerung i. S. des § 613 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege einzuleiten oder auf den Fall eines Konkursausbruchs die Beseitigung der fraglichen Aktiven zu hindern. Da nun aber über die Eigenthumsansprache auf gepfändete Sachen von dem Richter des Ortes der Pfändung zu entscheiden ist (§ 66 des Schuldbetreibungsgesetzes) und im Falle der Konkurseröffnung gegen den Arrestschuldner eine Vindikation von Gegenständen, welche sich in seinem Besitze, beziehungsweise in der Masse befinden, dem Entscheide des Konkursrichters anheimfällt, so ist in einem Falle wie der vorliegende, wo für die Pfändung und für die Konkurseröffnung der nämliche Gerichtsstand begründet wäre, nicht einzusehen, warum, falls der dritte Eigenthumsansprecher seine Ansprüche nach der Arrestlegung, aber vor der wirklichen Pfändung oder Konkurseröffnung geltend macht, blos um dieses Umstandes willen, der Streit vor ein ganz anderes Gericht gehören sollte, nämlich vor das Gericht des Wohnortes des Arrestklägers. Bestreitet ja doch der letztere die Eigenthumsansprache des Dritten nicht aus eigenem Rechte, sondern erhebt an Stelle des Arrestschuldners, von welchem er behauptet, daß er Eigenthümer der streitigen Sache sei, Einsprache gegen die Vindikation und erscheint daher gleichsam in der Stellung eines Intervenienten.

§ 607. Wird die Verfügung bestritten, oder von einem Dritten die Aufhebung des Arrestes verlangt, so haben beide Parteien die ihnen zu Gebote stehenden Beweismittel vorzulegen oder zu bezeichnen; der Gerichtspräsident ladet alsdann die Parteien und allfällig ihm benannte Zeugen spätestens innerhalb acht Tagen unter der Androhung vor sich, daß beim Ausbleiben des

Klägers oder beider Parteien der Beschlag aufgehoben, beim Ausbleiben des Beklagten aber die Beschlagnahme bestätigt würde.

Die Zeugen sind also vor dem Termine zu bezeichnen, damit sie dazu vorgeladen werden können.

§ 608. Am Rechtstage wird zunächst über die Statthaftigkeit der Beschlagnahme an sich und die dagegen erhobenen Einreden kurz verhandelt und sodann zur Abnahme der Beweise geschritten. Hierauf entscheidet der Gerichtspräsident sofort und ohne Zulassung eines weitern Verfahrens, ob und wie weit der Arrest aufzuheben oder unter Vorbehalt des § 599 definitiv zu bestätigen sei (§§ 603, 610 und 611).

Es finden förmliche Plaidoyers statt. Selbstverständlich sollte auch ein Protokoll geführt werden.

Die Pflicht des Gerichtspräsidenten „sofort" zu entscheiden, wird in praxi häufig übersehen.

§ 609. Wenn es sich um eine bestrittene Forderung von mehr als 50 Fr., aber nicht mehr als 200 Fr. handelt, und für die diesfällige Hauptklage der gleiche Gerichtsstand begründet ist, wie für das Arrestgesuch (§ 217), so kann jede Partei verlangen, daß der Gerichtspräsident, werde der Arrest aufgehoben oder bestätigt, über die Forderung selbst noch weitere Beweise abnehme und sodann ein Erkenntniß über dieselbe fälle.

§ 610. Bei Forderungen bis auf 50 Fr. und von mehr als 200 Fr. genügt es zur definitiven Bestätigung des Arrestes, daß dieselben wenigstens wahrscheinlich gemacht und daß entgegenstehende Einreden nicht sofort durch Urkunden dargethan werden können.

Auf Begehren des Arrestbeklagten kann jedoch dem Kläger eine Frist angesetzt werden, um seine Forderungsklage im ordentlichen Verfahren anhängig zu machen, unter der Androhung, daß sonst der Arrest dahinfalle.

Wenn der Beklagte zuerst den Streit beim Friedensrichteramt anhängig gemacht hat, so kann er nicht nachträglich verlangen, daß dem Kläger hiezu Frist angesetzt werde.

§ 611. Wenn die Ansprache eines Dritten an Arrestobjekten im Werthe von mehr als 50 Fr., aber nicht über 200 Fr. nicht nur vom Arrestkläger, sondern auch vom Arrestbeklagten bestritten wird, so kann in ähnlicher Weise ein Erkenntniß des Gerichtspräsidenten über das Eigenthum verlangt werden, werde der Arrest im Uebrigen bestätigt oder aufgehoben.

Handelt es sich aber um Arrestobjekte von größerem Werthe, so ist, so lange der Eigenthumsausweis nicht gehörig geleistet ist, der Arrest immer zu bestätigen und der Ansprecher in das ordentliche Verfahren zu verweisen.

§ 612. Gegen die definitiven Arrestverfügungen ist Rekurs nur zulässig, wenn die Forderung oder der Werth der Arrestsachen 50 Fr. übersteigt.

Durch den Arrest werden keine Pfandrechte oder sonstige „Arrestrechte" geschaffen.

§ 613. Wenn ein Arrestbeklagter nach Verhängung der Beschlagnahme durch seine Entfernung die Pfändung und Versilberung der Arrestsachen im Wege des Rechtstriebes unmöglich macht, so kann der Arrestkläger bei dem Gerichtspräsidenten das Gesuch um Versteigerung der Arrestobjekte stellen.

Ist die Mittheilung der Verfügung nachgewiesen, so kann die Versteigerung nach Ablauf der dreißigtägigen Frist ohne Weiteres bewilligt werden.

Ist dies nicht der Fall, so darf dem Gesuche nach Ablauf von dreißig Tagen, von der Verfügung an gerechnet, nur entsprochen werden, wenn sonst wahrscheinlich ist, daß der Arrest nicht bestritten werde, und wenn entweder der Kläger für den Fall der Bestreitung seiner Forderung für die Dauer von zwei Jahren genügende Sicherheit bestellt oder der Beklagte einer gerichtlichen Zahlungsaufforderung keine Folge leistet.

Der Versilberungserlös wird zur Bezahlung der Arrestforderung nebst Kosten verwendet; ein allfälliger Mehrerlös dagegen einstweilen in die Gerichtskasse gelegt. Vorbehalten bleiben in allen Richtungen die Rechte einer allfälligen spätern Konkursmasse.

§ 614. Die Ertheilung von Retentionsbewilligungen, z. B. zur Sicherung von Mieth- und Pachtzinsen, richtet sich nach den betreffenden Vorschriften des privatrechtlichen Gesetzbuches.

Cf. § 898 des Zivilgesetzes. Es ist hier zu betonen:

1. daß die Retentionsverfügung nur wirksam ist, wenn der Miether wegzieht, nicht aber, wenn er bleibt oder in der Wohnung belassen wird;
2. daß im Falle der Wirksamkeit der Retention ein Faustpfandrecht z. G. des Vermiethers begründet wird.

Cf. Ullmer's Kommentar Nr. 1372 und Supplement Nr. 3071 und 3073.

G. Vorlegung von beweglichen Sachen.

§ 615. Wer gestützt auf die §§ 1816 u. ff. des privatrechtlichen Gesetzbuches vor Anhebung eines Rechtsstreites, oder unabhängig von einem solchen von einem Andern die Vorlegung einer Urkunde oder einer andern beweglichen Sache fordert, hat dieses Gesuch bei dem Gerichtspräsidenten des Wohnortes des Beklagten zu stellen.

Cf. Ullmer's Kommentar ad § 1816 ff.

§ 616. Das Gesuch muß enthalten die genaue Bezeichnung der Urkunde oder beweglichen Sache, deren Vorlegung verlangt wird, sowie des rechtlichen Interesses, welches der Gesuchsteller an der Vorlegung hat.

Das Interesse muß bescheinigt sein.

§ 617. Findet der Gerichtspräsident das Gesuch an und für sich zulässig, so ladet er die Parteien nach Vorschrift des § 581 vor Audienz.

§ 618. Bestreitet der Beklagte den Besitz der Sache und übersteigt das Interesse des Klägers zwar den Betrag von 50 Fr., jedoch nicht denjenigen von 200 Fr., so wird auf Antrag einer Partei sofort ein zweiter Rechtstag zur Abnahme der bezeichneten Beweise und Ausfällung eines Erkenntnisses anberaumt.

In den übrigen Fällen weist der Gerichtspräsident, wenn der Beweis nicht sofort urkundlich erbracht werden kann, den Kläger in das ordentliche Verfahren.

Cf. ad § 411.

§ 619. Anerkennt der Beklagte zwar den Besitz der Sache, bestreitet er aber die Pflicht, dieselbe vorzulegen, oder das rechtliche Interesse des Klägers, so entscheidet hierüber der Gerichtspräsident durch Verfügung. Zu diesem Zwecke kann er verlangen, daß ihm die Sache vorher vorgelegt werde.

§ 620. Die Gefahr und die Kosten der Vorlegung hat der Kläger auf sich zu nehmen. Auf Verlangen des Beklagten trifft der Gerichtspräsident im Interesse des Letztern die nöthigen sichernden Bestimmungen.

§ 621. Soweit der Rekurs zulässig ist, hat derselbe aufschiebende Wirkung.

H. Rechnungsstellung.

§ 622. Wer vor Anhebung eines Rechtsstreites von einem Andern die Stellung einer Rechnung verlangt, hat dieses Gesuch bei dem Gerichtspräsidenten anzubringen.

§ 623. Der Beklagte ist unter Bezeichnung des Begehrens und unter der Androhung vorzuladen, daß im Falle des unentschuldigten Ausbleibens die Pflicht zur Rechnungsstellung als anerkannt betrachtet werde.

§ 624. Bestreitet der Beklagte die Pflicht zur Rechnungsstellung und ist dieselbe nicht sofort liquid, so hat der Gerichtspräsident auf Antrag einer Partei sofort das ordentliche Verfahren anzuordnen und ein Erkenntniß zu erlassen,

oder wenn die Sache nicht in seine Kompetenz fällt, den Kläger an den Friedensrichter zu weisen.

§ 625. Ist die Pflicht zur Rechnungsstellung liquid oder anerkannt, so wird dem Beklagten eine angemessene Frist zur Stellung und Vorlegung einer vollständigen, mit allen Belegen versehenen Rechnung unter Androhung von Ordnungsbuße angesetzt; bleibt auch ein zweiter, unter der Androhung, daß sonst die Rechnungsstellung auf seine Kosten einem Dritten übertragen würde, erlassener Befehl ohne Erfolg, so ist der Beklagte nöthigenfalls mit Hülfe der Vollziehungsbehörden anzuhalten, alle Rechnungsbücher und Belege zu Handen des zu bestellenden Sachverständigen vorzulegen und demselben alle nöthigen Aufschlüsse zu ertheilen.

§ 626. Hat ein Rechnungspflichtiger Rechnung gestellt, so kann er begehren, daß Demjenigen, für welchen die Rechnung bestimmt ist, eine angemessene Frist zur Anerkennung oder zur schriftlichen Bemängelung unter der Androhung angesetzt werde, daß dieselbe sonst als anerkannt betrachtet würde.

Bei einer auf Kosten des Rechnungspflichtigen gerichtlich hergestellten Rechnung hat jede Partei das Recht zu verlangen, daß dem Gegner eine solche Frist angesetzt werde.

Das in § 626 erwähnte Begehren kann von Jedem erhoben werden, der freiwillig oder gezwungen Rechnung gestellt hat (R.-B. 1877, Nr. 15). Die betreffende Frist ist durch bloßen Befehl anzusetzen (Oberger. Beschluß Widmer 31. Mai 1877).

§ 627. Wenn diese Frist unbenutzt verstreicht, so ist die Rechnung als von Demjenigen, welchem die Frist gesetzt war, anerkannt zu erklären.

Eine unklare oder bloß allgemein gehaltene Bemängelungsschrift ist zur Verbesserung unter der Androhung zurückzuweisen, daß alle nicht einzeln und bestimmt bestrittenen Posten als anerkannt erklärt würden. Nach Ablauf der hiefür anzusetzenden Frist ist das Geeignete zu verfügen.

§ 628. Wenn eine gehörige Bemängelung stattgefunden hat, so ist dieselbe einfach der Gegenpartei mitzutheilen.

Die unmittelbare Anhandnahme eines Streites über einzelne bestrittene Rechnungsposten ist in diesem Verfahren nicht statthaft.

§ 629. Vorbehalten bleiben die Vorschriften des privatrechtlichen Gesetzbuches betreffend die Stellung von Vormundschaftsrechnungen.

Cf. § 400 ff. des Zivilgesetzes.

I. Zwangsabtretungen für Anlegung von Wasserleitungen für Privatzwecke.

§ 630. Wer gestützt auf den § 580 oder 581 des privatrechtlichen Gesetzbuches eine Wasserleitung durch ein fremdes Grundstück ziehen will, soll, wenn es ihm nicht gelingt, sich mit dem Eigenthümer zu verständigen, sein diesfälliges Begehren schriftlich dem Gerichtspräsidenten desjenigen Bezirkes einreichen, in welchem das Grundstück liegt.

§ 631. Das Begehren soll Zweck, Bauart und Richtung der projektirten Wasserleitung bezeichnen.

§ 632. Ein Doppel dieses Gesuches wird durch den Gerichtspräsidenten dem Eigenthümer des Grundstückes mit dem Bemerken zugestellt, daß ihm frei stehe, seine eventuellen Wünsche betreffend die Richtung und die Art der Erstellung der Wasserleitung binnen Frist schriftlich einzureichen oder dann dieselben bei der Expertenuntersuchung mündlich vorzubringen.

§ 633. Nach Ablauf der Frist bestellt der Gerichtspräsident einen oder nach Umständen mehrere Sachverständige mit dem Auftrage:

1. ein Gutachten darüber abzugeben, wie die Wasserleitung auf eine für den Eigenthümer des Grundstückes möglichst wenig lästige Weise erstellt werden könne;
2. den Schaden, welcher für den Eigenthümer aus der Anlegung einer derartigen Wasserleitung entstehen würde, zu schätzen;
3. die gütliche Ausgleichung des Streites anzustreben.

§ 634. Der Sachverständige, welchem die Eingaben der Parteien (§§ 631 und 632) zur Benutzung zugestellt werden, soll den Augenschein beförderlich vornehmen und zu demselben die Parteien zuziehen, um von ihnen die nöthigen Aufschlüsse zu verlangen und auch dem in § 633 Ziffer 3 bezeichneten Auftrage zu genügen.

§ 635. Nach der Einnahme des Augenscheines hat der Sachverständige sein Gutachten schriftlich mit möglichster Beförderung dem Gerichtspräsidenten einzureichen. Dem Gutachten ist ein Grundriß beizulegen, welcher sowohl die von den Parteien verlangte, als auch die von dem Experten selbst vorgeschlagene Richtung bezeichnen soll.

§ 636. Der Gerichtspräsident theilt das Gutachten beiden Parteien mit und setzt hiebei vorerst dem Exproprianten eine Frist an, um sich bestimmt über die Richtung und die Art und Weise, in welcher er die Wasserleitung zu erstellen verlange, sowie über die Entschädigung, die er leisten wolle, auszusprechen.

Damit ist die Androhung zu verbinden, daß Stillschweigen so verstanden werde, als sei das diesfällige Begehren und das Entschädigungsanerbieten auf Grundlage der Expertise gestellt.

§ 637. Diese Erklärung wird dem Gegner zur Kenntniß gebracht und ihm eine Frist angesetzt, um sich sowohl über das Bedürfniß der Anlegung einer Wasserleitung, als auch über die derselben zu gebende Richtung und über das Entschädigungsanerbieten auszusprechen.

Damit ist die Androhung zu verbinden, daß Stillschweigen als Anerkennung des Bedürfnisses, sowie des von dem Exproprianten gestellten Begehrens und Anerbietens gelte.

§ 638. Wenn der Eigenthümer des Grundstückes das Bedürfniß der Wasserleitung bestreitet, so ist es Sache des Exproprianten, den Streit durch Einreichung einer Klageschrift bei dem zuständigen Bezirksrathe anhängig zu machen, sowie ihm auch obliegt, sich an den Friedensrichter und an die zuständige Gerichtsstelle zu wenden, wenn die Richtung, die Art und Weise der Ausführung der Wasserleitung oder die Größe der Entschädigung streitig ist.

Unter allen Umständen soll der Verwaltungsstreit erledigt werden, bevor das gerichtliche Verfahren eingeleitet wird.

Die unmittelbare Anhandnahme eines gerichtlich zu entscheidenden Streitpunktes durch den Gerichtspräsidenten ist in diesem Verfahren auch dann nicht zulässig, wenn die Pflicht zur Abtretung unbestritten ist.

§ 639. Inhaber von dinglichen Rechten an dem Grundstücke, durch welches die Wasserleitung geführt werden soll, können, falls sie ihr Recht verletzt glauben, durch Theilnahme an diesem Verfahren oder selbstständig ihre Interessen wahren.

§ 640. Die Kosten sind von dem Exproprianten zu tragen.

§ 641. Nach Ausmittlung der Entschädigung steht es dem Exproprianten noch während der Zeit von vier Wochen frei, gegen volle Schadloshaltung seines Gegners sowohl für Kosten als für Zeitversäumniß auf die Ausführung der Wasserleitung zu verzichten.

§ 642. Wird ein verpfändetes Grundstück oder ein Theil desselben behufs der zu errichtenden Wasserleitung abgetreten, so sind die grundversicherten Gläubiger, wenn die Entschädigungssumme mehr als 50 Franken beträgt, berechtigt, zu verlangen, daß im Sinne des § 807 des privatrechtlichen Gesetzbuches verfahren werde.

Die betreffende Notariatskanzlei hat daher in solchen Fällen ebenso zu handeln, wie dies in dem Gesetze über Abtretung von Privatrechten mit Bezug auf Abtretungen aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt vorgeschrieben ist.

K. Sicherstellung gefährdeter Beweise.

§ 643. Die Abhörung von Zeugen, die Vornahme eines Augenscheines und die Anordnung einer Expertise kann jederzeit, selbst vor dem Beginn eines Rechtsstreites, verlangt werden, wenn Gefahr vorhanden ist, daß bei längerer Verzögerung das betreffende Beweismittel verloren gehen oder der Gebrauch desselben erschwert würde oder wenn zur Beibringung des Beweises eine gesetzliche Frist besteht.

Cf. Art. 168 des eidgen. Zivilprozeßgesetzes und Z. XV. p. 255—257. — Das hier zu beobachtende Verfahren hat sich möglichst nahe an die normalen Vorschriften anzulehnen (Z. VII. p. 220 und 221).

§ 644. Das Gesuch kann bis zur gerichtlichen Anhängigmachung des Streites bei demjenigen Gerichtspräsidenten gestellt werden, welcher am schnellsten den Beweis zu erheben in der Lage ist. Nach anhängig gemachtem Streite ist nur der erkennende Richter zuständig.

§ 645. Der Gerichtspräsident entscheidet in der Regel ohne Vernehmung der Gegenpartei über die Zulässigkeit des Gesuches.

Ein Rekurs gegen die Verfügung ist nur statthaft, wenn das Begehren abgewiesen wird.

§ 646. Die Vorschriften über Einvernahme von Zeugen, Vornahme von Augenscheinen und Einziehung von Gutachten von Sachverständigen finden auf das Verfahren bei Sicherstellung gefährdeter Beweise analoge Anwendung; es ist daher, wo es immer möglich ist, auch die Gegenpartei zu derselben vorzuladen.

Dagegen sind alle Verhandlungen über Erheblichkeit und Beweiskraft der Beweismittel auf den Zeitpunkt zu verschieben, wo dieselben im Prozesse wirklich geltend gemacht werden.

Dem Gerichte steht alsdann frei, auf Verlangen einer Partei die nochmalige Aufnahme oder die Ergänzung des Beweises anzuordnen.

§ 647. Das Protokoll über die Einvernahme wird in der Gerichtskanzlei aufbewahrt.

§ 648. Die Kosten des Beweisverfahrens trägt einstweilen der Gesuchsteller.

Wenn der Gegner auch seinerseits Beweissätze stellt, so muß er ebenfalls mithelfen die Kosten zu tragen oder Kaution leisten (Rekurskammer Nordostbahn 2. März 1877).

L. Gerichtliche Hinterlegung.

§ 649. Die gerichtliche Hinterlegung von Geld, Werthschriften und andern beweglichen Sachen bedarf der Erlaubniß des Gerichtspräsidenten, welcher dieselbe in den Fällen ertheilt, wo hinreichende Ursachen dafür bescheinigt sind.

Cf. §§ 995 und 956 des Zivilgesetzes, Art. 107 ff. des eidg. Obl.-R. und Ulrich: Die Deposition und Dereliktion.

Sobald der Gerichtspräsident glaubt, es liegen genügende Ursachen vor und sobald er die Deposition bewilligt, so findet ein weiteres Verfahren bei demselben nicht statt, sondern der Gläubiger muß entweder unter Bezahlung der Kosten das deponirte Geld beziehen oder den Schuldner belangen (Beschluß des Kassationsgerichtes Bucher 11. Mai 1877).

Die Deposition kann z. B. auch bewilligt werden, wenn bei Verträgen oder Urtheilen einer Partei ungewiß ist, ob die andere leisten werde (Ob. G. Beschluß Farina 28. März 1875).

§ 650. Zuständig ist sowohl der Grrichtspräsident des Bezirkes, in welchem derjenige, welcher die Sache hinterlegen will, wohnt, als der Gerichtspräsident des Erfüllungsortes.

§ 651. Ist der Aufenthaltsort des Gläubigers bekannt, so soll demselben von der Verfügung amtlich Kenntniß gegeben werden (§ 996 des privatrechtlichen Gesetzbuches).

§ 652. Bei größern Geldbeträgen, welche voraussichtlich mehr als einen Monat hinterlegt bleiben, soll der Gerichtspräsident auch ohne gestelltes Begehren verfügen, daß dieselben bei der Kantonalbank an Zins gelegt werden.

Die Deposition ist nur dann als Zahlung anzusehen, wenn der Gläubiger jene Maßregel verschuldet hat. Deswegen darf die Deposition auch nur aus bestimmten gesetzlichen Ursachen bewilligt werden (Ob. G. Urtheil Lüssi 30. Juni 1874). — Dadurch, daß der Schuldner den anerkannten Theil der Schuld deponirt, zessirt die Verpflichtung, Verzugszinsen zu zahlen, nicht (Urtheil Boßhardt 4. Okt. 1873).

§ 653. Auch zur Herausgabe einer gerichtlich hinterlegten Sache bedarf es der Erlaubniß des Gerichtspräsidenten.

Wenn das Geld an Zins gelegt ist, so erscheint als pfandbares Vermögensobjekt des Deponenten seine Forderung an die Bezirksgerichtskanzlei und nicht mehr das Geld und auch nicht der auf den Namen der Kanzlei lautende Depositenschein. Die Pfändung hat daher am Wohnorte des Deponenten zu erfolgen (Appellationskammer Kägi 15. März 1881).

§ 654. Von Zeit zu Zeit hat der Gerichtspräsident das Verzeichniß der Depositen durchzusehen und soweit thunlich die zum Zwecke der Ausfolgung derselben erforderlichen Verfügungen unter angemessener Fristansetzung für die Betheiligten zu erlassen.

M. Amtliche Anzeigen in privatrechtlichen Angelegenheiten.

§ 655. Wer einem Andern in privatrechtlichen Angelegen heiten eine Anzeige amtlich zugehen lassen will, hat sich hiefür an den Gemeindammann zu wenden.

§ 656. Der Gemeindammann hat alle amtlichen Anzeigen unter dem Datum der Anlegung wörtlich in ein besonderes Protokoll einzutragen, allfällige Rechtsvorschläge am Rande des betreffenden Protokolleintrages vorzumerken und die Einträge in fortlaufender Nummernfolge zu registriren.

§ 657. Zuständig zur Vermittlung amtlicher Anzeigen ist der Gemeindammann des Wohnortes oder auch des Aufenthaltsortes Desjenigen, dem die Anzeige gemacht werden soll.

§ 658. Die Ausfertigung und Zustellung der amtlichen Anzeigen geschieht nach Analogie des § 569.

Cf. § 568.

§ 659. Die Annahme einer amtlichen Anzeige darf nicht verweigert werden. Dagegen steht dem Empfänger frei, dem Anzeigenden, sofern er dies für nöthig erachtet, auf demselben Wege (§ 655) eine Gegenerklärung zugehen zu lassen oder bei dem Gemeindammann unter Vorweisung der amtlichen Anzeige Rechtsvorschlag zu erheben, d. h. zu erklären, daß er den Inhalt der Anzeige bestreite.

§ 660. Der Rechtsvorschlag wird vom Gemeindammann unter Beifügung des Datums und seiner Unterschrift auf die amtliche Anzeige geschrieben und innerhalb zwei Tagen von der Erhebung an Demjenigen zugestellt, auf dessen Begehren die Anzeige erfolgt ist.

§ 661. Gegen einen Rechtsvorschlag findet weder die Aufhebung auf dem Wege der Rechtsöffnung, noch das Rechtsmittel der Beschwerde statt.

§ 662. Aus der bloßen Nichtauswirkung eines Rechtsvorschlages oder aus der Unterlassung einer Gegenerklärung folgt die Anerkennung des Inhaltes einer amtlichen Anzeige noch nicht ohne Weiteres.

Es gibt allerdings Fälle, in denen eine Gegenerklärung nach den Grundsätzen der bona fides verlangt werden kann.

Genügt bei § 1402 des Zivilgesetzes eine amtliche Anzeige? Cf. Ullmer Nr. 3300.

V. Abschnitt.

Rechtsmittel.

§ 663. Soweit durch die nachfolgenden Bestimmungen dieses Abschnittes nicht etwas Anderes festgesetzt wird, richtet sich das Verfahren vor den Appellations- und Rekursinstanzen nach den Vorschriften, welche für die erstinstanzliche Behandlung des betreffenden Streites gelten, vor den Kassationsinstanzen dagegen nach demjenigen Verfahren, welchem das angefochtene Erkenntniß unterlag. Ueber Nichtigkeitsbeschwerden gegen Erkenntnisse der

Friedensrichter und Gerichtspräsidenten und gegen endliche Verfügungen der Letztern wird jedoch nur schriftlich verhandelt.

A. Berufung (Appellation).

§ 664. Die Berufung gegen bezirksgerichtliche Urtheile an die Appellationskammer des Obergerichtes wird innerhalb zehn Tagen vom Tage der schriftlichen Mittheilung an, und wenn auf eine solche verzichtet worden ist, von der mündlichen Eröffnung an, bei der Bezirksgerichtskanzlei schriftlich erklärt.

Auf mündliche Appellationserklärungen vor Gericht ist keine Rücksicht zu nehmen.

Cf. § 749.2. — Die Appellabilität ist wie ich schon früher sagte ein Kleinod unsers Zivil- und Strafprozesses (cf. ad §§ 29 und 121). Daran muß im Interesse des Rechts unbedingt festgehalten werden. — Cf. Ritter von Harrosowsky: Die Rechtsmittel im Zivilprozesse (Wien 1879).

Das Recht der Appellation haben natürlich beide Parteien und ihre allfälligen Assistenten (Intervenienten, Litisdenunziaten). Die Appellation ist unzuläßig, wie wir bereits gesehen haben

1. gegen Erkenntnisse des Friedensrichters (bis 50 Fr.);
2. gegen solche des Bezirksgerichtspräsidiums in seiner Einzelkompetenz (bis 200 Fr.).

Die Appellation ist schriftlich in der Kanzlei des judex a quo zu erklären. Wie, wenn Jemand nach Eröffnung des Urtheils appellirt und er glaubt, es gelte die Appellation? Sie hat keine Bedeutung. Er könnte höchstens um Restitution nachsuchen. Dieselbe ist indessen nicht zu ertheilen, wenn dem Betreffenden vom Gerichte eröffnet worden ist, daß die mündliche Appellation nicht zuläßig sei (Beschluß der Appellationskammer 2. November 1880 Steiger).

Die Appellation kann schon vor der Zustellung des schriftlichen Urtheils erklärt werden (Appellationskammer Keller 19. Dez. 1880). Sie kann auch durch ein Telegramm erfolgen. (Cf. Art. 12.2 des eidg. Obl.-R.). Dieses letztere Vorgehen steht rechtlich dem einem Dritten gegebenen Auftrage zur Abgabe einer schriftlichen Appellationserklärung gleich (R.-B. 1877 Nr. 54). Cf. indessen Entscheidungen des Reichsgerichts Strafsachen IV. p. 59 und mein Telegraphenrecht (2. Aufl.) p. 84. 85. Kann eine Appellation per Telephon abgegeben werden? Offenbar nur dann, wenn der Telephonat (sit venia verbo) vom Telephonanten den Auftrag entgegennimmt, jene Erklärung schriftlich abzufassen.

So weit eine Kautionspflicht besteht oder eine oberwaisenamtliche Vollmacht produzirt werden muß liegt es im Interesse einer raschen Abwicklung des Prozesses, daß diese Punkte mit der Appellations-Erklärung bereinigt werden.

§ 665. So lange die Berufung offen steht, ist die Anwendung eines andern Rechtsmittels nicht zulässig.

Mittelst der Berufung können alle Mängel des Verfahrens sowohl als des Urtheils gerügt werden.

Daraus ergibt sich, daß bei appellabeln Prozessen alle Fehler und Mängel, sei es mit Bezug auf das Beweisdekret, die Beweislast, formelle Verstöße, Verweigerung des rechtlichen Gehörs, Protestationen gegen ertheilte Restitution etc. in appellatorio vorgebracht werden können (§ 705). Die Verbindung einer Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht mit der Berufung an die Appellationskammer ist natürlich ausgeschlossen (Z. XVI. p. 402).

Eventuelle Appellationserklärungen sind nach dem jetzigen Prozeßgesetze ebenso zuläßig als nach dem frühern.

Natürlich ist für die Statthaftigkeit der Appellation festzuhalten, daß die appellirende Partei durch das betreffende Urtheil mit ihren Anträgen ganz oder theilweise unterlegen sei. Die Abänderung eines Urtheils kann also offenbar nicht verlangt werden von demjenigen, dessen Anträge gutgeheißen wurden (cf. A. E. VII. p. 377). — Cf. endlich ad § 741.

§ 666. Bezieht sich das Urtheil auf mehrere Streitpunkte, so ist in der Appellationserklärung zugleich anzugeben, mit Bezug auf welche dasselbe angefochten werde.

De lege ferenda wäre es wohl rathsam, in verwickelten Fällen eine kurze Begründung der Appellationspunkte zuzulassen wenigstens in der Weise, daß auf bestimmte Akten verwiesen würde.

§ 667. Der Appellant ist zwar mit den nicht zum Voraus bezeichneten Appellationspunkten nicht ausgeschlossen. Die Unterlassung der Angabe kann aber von der Appellationsinstanz unter Umständen bei Ausmessung der Prozeßentschädigung berücksichtigt werden.

§ 668. Das Gericht faßt sodann über die Zuläßigkeit der Appellation einen Beschluß.

Verspätete Berufungen sind von Amteswegen zu verweigern.

Hat der Appellant gemäß §§ 265 u. ff. eine Prozeßkaution für die zweite Instanz zu leisten, so ist die Appellation erst nach Leistung derselben zu bewilligen.

Es wäre wohl richtiger, die Bewilligung zur Appellation dem Gerichtsvorstande zu überlassen.

Wird die Berufung verweigert, so ist hiergegen Rekurs zuläßig (cf. § 669). Wird sie grundlos bewilligt, so ist die Beschwerde darüber in der Appellationsverhandlung anzubringen.

§ 669. Der Beschluß betreffend Bewilligung oder Verweigerung der Appellation ist beiden Parteien unter Angabe der bezeichneten Appellationspunkte mitzutheilen.

Rekurs ist nur zuläßig, wenn die Appellation verweigert wird.

§ 670. Die Berufung hemmt die Vollstreckung des Urtheils.

Bezieht sich die Berufung jedoch nur auf einen Theil der Entscheidung und wird auf die Anfechtung der übrigen Theile ausdrücklich verzichtet, so werden diese letztern sofort rechtskräftig und vollstreckbar (§ 442).

Die Appellation hat Suspensiv- und Devolutiv-Effekt d. h. die Exekution wird durch die Berufung gehemmt und die Entscheidungsbefugniß geht an die zweite Instanz über. Trotzdem ist die erste Instanz berechtigt, auch nach dem Abspruch noch z. B.

a) vorsorgliche Maßregeln zu treffen;
b) Arreste zur Sicherung des gutgeheißenen Anspruchs zu ertheilen.

§ 671. Innerhalb acht Tagen nach Zulassung der Berufung hat die Bezirksgerichtskanzlei die sämmtlichen Protokolle und Prozeßakten bei Vermeidung von Ordnungsbuße in Original

der Appellationskammer des Obergerichtes einzusenden. Den Akten ist eine Reinschrift des erstinstanzlichen Urtheils beizulegen.

§ 672. Die Verhandlungen über die Berufung sind mündlich.

Jeder Partei sind zwei Vorträge gestattet, der erste und dritte dem Appellanten, der zweite und vierte dem Appellaten.

Haben beide Parteien die Appellation ergriffen, so hat der Kläger den ersten Vortrag.

§ 673. Bleiben beide Parteien, oder bleibt der Appellant am Rechtstage ohne rechtsmäßigen Hinderungsgrund aus, so erwächst dadurch das erstinstanzliche Urtheil ohne Weiteres in Rechtskraft, und es hat das Gericht den Appellanten in die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens und, sofern der Appellat erschienen ist, auch zur Entschädigung an denselben zu verurtheilen.

Cf. § 679 und § 711.

§ 674. Bleibt der Appellat aus, so ist der Appellant zu einseitigem Vortrage zuzulassen; das Gericht hat indeß die aktenmäßigen Gründe der ausgebliebenen Partei und die einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen von Amteswegen zu berücksichtigen.

§ 675. Der Appellat kann sich in seinem Antwortvortrage der von dem Appellanten eingelegten Berufung anschließen und Anträge stellen, wie wenn er selbst die Berufung eingelegt hätte.

Sobald jedoch Derjenige, welcher die Berufung selbstständig einlegte, dieselbe zurückzieht, fällt auch die Appellation Desjenigen, welcher sich derselben bloß angeschlossen hat.

Ein Zeitpunkt, in welchem die Anschlußappellation zu selbständiger Existenz käme, etwa wie eine Widerklage nach der Litispendenz (cf. ad § 219), ist nicht angegeben. Es muß also als Wille des Gesetzes angesehen werden, daß, so lange überhaupt der Rückzug der Appellation zuläßig ist, die Erklärung desselben das Dahinfallen auch der Anschlußappellation zur Folge habe. Damit stimmt überein, daß auch der § 240 der früheren Zivilprozeßordnung und die §§ 160—162 der ältern Strafprozeßordnung (Off. S. IX. p. 112 u. ff.) keinen Endtermin für den Eintritt jener Folge angaben, wie auch in den §§ 567 und 570 des neuen bernischen Entwurfes einer Zivilprozeßordnung ein solcher nicht angegeben wird. Nun ist nicht zu bezweifeln, daß, da das Gericht nach dem Schlusse der Parteivorträge nicht zum Urtheil geschritten ist, sondern die Fortsetzung des Beweisverfahrens angeordnet hat, der Rückzug der Appellation des Beklagten noch zuläßig war, und es fällt daher mit demselben auch die Anschlußappellation dahin (R.-B. 1878 Nr. 39).

Ein Kläger hatte die Berufung erklärt, dieselbe dann aber, als der Beklagte das Gleiche gethan, zurückgezogen. Bei der zweitinstanzlichen Verhandlung adhärirte er der gegnerischen Berufung. Ist dies zuläßig? Das Obergericht bejahte die Frage, indem es Folgendes ausführte: Durch den Rückzug seiner Appellationserklärung hat sich der Kläger lediglich in dieselbe Lage versetzt, in der er sich befunden hätte, wenn von ihm gar nicht appellirt worden wäre. Da Verzichte nicht ausdehnend interpretirt werden dürfen,

muß, wenn nicht das Gegentheil mit Sicherheit den Akten zu entnehmen ist, angenommen werden, Kläger habe durch Zurücknahme seiner Appellationserklärung bloß auf diejenigen Rechte verzichten wollen, welche aus dieser Erklärung für ihn erwachsen waren, nicht auch auf diejenigen, welche nach dem Gesetze ihm aus einer allfälligen Appellation der Gegenpartei erwuchsen. Nun weist aber der Wortlaut der Rückzugserklärung keineswegs darauf hin, daß die Absicht desselben eine weitergehende gewesen sei und es kann auch daraus, daß der Rückzug der Appellation vorbehaltlos zu einer Zeit erfolgte, wo auch der Beklagte bereits die Berufung erklärt hatte, nichts zu Ungunsten des Klägers gefolgert werden, weil aus den Akten sich mit Bestimmtheit ergibt, daß Kläger, als er seine Appellationserklärung zurückzog, nicht wußte, daß auch der Beklagte appellirt habe (Z. XXII. p. 235/36).

Die gleiche Ausführung wurde auch für den Strafprozeß adoptirt (Z. N. F. I. p. 208/9).

Es ist prozessualisch unstatthaft die Berufung zurückzuziehen, wenn die Verhandlungen vor zweiter Instanz für geschlossen erklärt sind und das Gericht zur Berathung der Streitfrage übergegangen ist. Mit dem Schlusse der Verhandlung und während der öffentlichen Berathung des Gerichtes haben die Parteien keine Erklärungen mehr abzugeben. Insbesondere hört die Befugniß, auf die selbständig eingelegte Berufung zu verzichten, auf Seite des Appellanten auf und es hat der Appellat zugleich das Recht erlangt zu verlangen, daß das Gericht nicht nur einen Entscheid fälle über die Berufung des Appellanten, sondern auch über die Anschlußappellation. Damit, daß der Appellant vor Schluß der Parteiverhandlung nicht auf die Berufung verzichtet und das Gericht zur Berathung und Urtheilsfällung übergehen läßt, hat er sich des Rechts begeben, durch nachträglichen Verzicht auf seine Berufung den Appellaten der Befugniß zur Anschlußappellation verlustig gehen zu lassen (Appellationskammer Geiger 19. Nov. 1881). Dieser Grundsatz wurde schon in einem strafrechtlichen Entscheide vom 6. Mai 1875 (Graf) angenommen.

Es steht längst fest, daß wegen bloßer Anfechtung und Abänderung der Motive eine Anschlußappellation nicht erklärt werden kann (Appellationskammer Rinderknecht 29. Okt. 1881).

§ 676. **In der Berufungsinstanz sind neue Begehren, thatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweismittel nur unter der Voraussetzung des § 337 zulässig.**

Daraus ergibt sich, daß das sog. Beneficium novorum bei uns grundsätzlich nicht besteht (Z. XVIII. p. 215). Der Prozeßstoff der untern Instanz ist in der dort vorgebrachten thatsächlichen Grundlage auch der Prozeßstoff der obern Instanz. Die Praxis fährt mit jenem Systeme außerordentlich gut. Jede Lockerung desselben schwächt die Bedeutung der Hauptverhandlung ab und reduzirt den Stimulus, an der ersten Verhandlung das ganze Detail vorzuführen. Höchst unmotivirterweise wurde das Beneficium novorum im Konkursprozesse zugelassen (§ 689).

Nova sind nur nach Maßgabe des § 337 gestattet. Immerhin nehmen auch vor Obergericht diejenigen Prozesse wohl eine besondere Stellung ein, bezüglich welcher die Verhandlungsmaxime nicht gilt (cf. ad §§ 286, 508, 524 und 538).

Ansprüche auf Vergütung von Verzugszinsen können in appellatorio nicht neu geltend gemacht werden, außer für die Zeit seit der Weisung (Appellationskammer Kälin 5. Juni 1879). Dagegen kann eine Partei, welche eine Urkunde nachbringen will, nicht verhindert werden, deren Inhalt im Vortrage zu verlesen (Appellationskammer Baumgartner 2. Nov. 1878).

Die persönliche Erklärung kann auch noch vor Obergericht verlangt und abgenommen werden (cf. ad § 350).

Eine überaus delikate Frage ist die: wie soll es gehalten werden mit denjenigen Beweisanerbieten, welche vor erster Instanz gemacht und vor zweiter Instanz wiederholt wurden, auf welche indessen die erste Instanz nicht eintrat, — sei es, daß sie dieselben übersehen, sei es als irrelevant, angesehen hat? Die obergerichtliche Praxis hat nach und nach, wenn auch keineswegs ausnahmslos (cf. z. B. Ob. G. Beschluß Peter 27. Aug. 1881 Erwäg. 3), den Satz ausgebildet, derartige Beweisofferten haben nur dann Anspruch auf Berücksichtigung, wenn in zweiter Instanz die Beweissätze bestimmt und speziell normirt und die sämmtlichen Beweismittel genau bezeichnet werden (R.-B. 1880 Nr. 34).

Ich halte diese Praxis für ganz gesetzwidrig. Dadurch würde auf Umwegen eine Antizipation der Beweise erzwungen, die als Prinzip des normalen Zivilprozesses nicht besteht. Der Ausschluß mit Beweisofferten und Beweisen ist nur zuläßig, wenn derselbe ausdrücklich ausgesprochen ist oder sonst klar vorliegt. Sind Zweifel möglich, so kann das Gericht dieselben durch Fragen auch vor Obergericht heben (§§ 287 und 335) oder es kann durch geeignete Androhungen jede Unbestimmtheit beseitigen. Liegt ein Verzicht auf die Beweisführung nicht vor, so ist eine peremtorische Frist zur Beibringung resp. Bezeichnung der Beweismittel anzusetzen und auf diesem Wege das Verfahren bezüglich der Beweisführung in sichere und bestimmte Normen zu bringen. Wenn dies nicht geschehen ist, so fehlt es an der Feststellung, ob die Partei auf den Nachweis der von ihr geltend gemachten Behauptungen verzichte. Selbstverständlich aber sind neue Beweismittel nur für solche thatsächliche Behauptungen zuläßig, welche schon vor erster Instanz aufgestellt worden sind (Z. XXII. p. 236—238). Immerhin müßte wohl schon vor erster Instanz für die betreffende Behauptung ein formkorrektes Beweisanerbieten vorliegen. Dabei wäre einzig der Fall noch vorzubehalten, daß eine Partei nach den Erklärungen des Gegners annehmen konnte, die betreffende Ausführung sei überall nicht bestritten (§ 334). Cf. auch ad § 333. — In diesen Fällen hat das Obergericht den Auftrag zu geben, daß ein formales Beweisdekret erlassen werde.

Wenn zwischen der Begründung und dem Dispositive eines Urtheils ein Widerspruch besteht, so kann dieser Fehler auch ohne eine hierauf gerichtete Appellation berichtigt werden (Beschluß der Appellationskammer Schnitzler 8. Juli 1878).

Selbstverständlich können vor Obergericht alle diejenigen Einreden noch neu vorgebracht werden, welche juris publici sind. Dahin gehört namentlich auch die Prüfung der Legitimation und Prozeßfähigkeit, die Untersuchung der Vollmachten u. s. w. Dies Alles ist ex officio festzustellen. Cf. § 337 Nr. 4.

§ 677. Findet die zweite Instanz eine Vervollständigung der Akten nothwendig, so kann sie diese entweder selbst vornehmen oder durch den erstinstanzlichen Instruktionsrichter vornehmen lassen.

Eine Rückweisung an die erste Instanz behufs Ausfällung eines neuen Urtheiles darf in der Regel nur stattfinden, wenn es sich um Beweise handelt, auf welche jene gar nicht eingetreten war.

Handelt es sich um die bestrittene Glaubwürdigkeit schon einvernommener Zeugen, so kann die Berufungsinstanz dieselben nochmals selbst abhören.

Diese Gesetzesbestimmung enthält keine zwingende Vorschrift und es wird angezeigt sein die Beweisabnahme durch das Obergericht anzuordnen, wenn z. B. der Prozeß schon drei Instanzen durchlaufen hat (Beschluß der Appellationskammer 3. Sept. 1881 Irion).

Findet eine Rückweisung statt, so sind die Kosten einstweilen beiden Parteien zu gleichen Theilen aufzulegen.

Wird durch Erklärungen des Appellanten der Streit in der Hauptsache gegenstandslos und hat sich das Gericht nur noch über die Kosten und eine allfällige Entschädigung zu entscheiden, so hat dieser Entscheid in Form eines Urtheils zu geschehen. In einem solchen Falle treffen nämlich die Vorschriften des § 443 aus dem Grunde nicht zu, weil die Appellation als solche nicht zurückgezogen sondern blos auf den Kostenpunkt beschränkt wird, — also eine Entscheidung über einen Theil des erstinstanzlichen Urtheils nothwendig ist. Sodann hätte, auch wenn von Anfang an das bezirksgerichtliche Urtheil nur bezüglich des Kostenpunktes angefochten worden wäre, dies immerhin auch auf dem Wege der Appellation geschehen können. Ein bloßer Abschreibungsbeschluß ist nur dann gedenkbar, wenn die Appellation wegfällt (Appellationskammer Matucci 12. Nov. 1881).

Betreffend die Glaubwürdigkeit der Zeugen cf. ad § 388 und A. Escher: De testium ratione quae Romae Ciceronis aetate obtinuit, namentlich p. 139 ff. (Zürich 1842).

§ 678. Im Vaterschaftsprozesse darf eine Rückweisung auch dann nicht stattfinden, wenn die Klägerin erst in zweiter Instanz zum Zeugnisse zugelassen wird, und ist auch für die zweite Instanz die Vorschrift des § 533 maßgebend, wenn das Kind vor Erledigung der Appellation stirbt.

§ 679. Auch wenn ein Beweisverfahren stattgefunden hat, kann in einfachen Fällen nach Ermessen des Gerichtes die Anordnung einer Schlußverhandlung zur Würdigung der Beweisergebnisse ganz unterbleiben. Ebenso können die Parteien, auch wenn sie vorgeladen worden sind, die Würdigung der Vervollständigung lediglich dem Richter überlassen. Das Ausbleiben des Appellanten gilt daher nicht als Verzicht auf die Appellation.

§ 680. Die Abfassung zweitinstanzlicher Urtheile richtet sich nach den Vorschriften für die bezirksgerichtlichen Urtheile.

Die Appellationsinstanz kann jedoch lediglich auf die Darstellung der thatsächlichen Verhältnisse des erstinstanzlichen Urtheiles, sowie auf die rechtliche Würdigung desselben verweisen, sofern sie diese im Wesentlichen richtig und genügend findet.

Cf. § 485. — Es ist zu bemerken, daß der nach Absatz 2 des § 680 auf das geringst mögliche Maß beschränkte Inhalt eines obergerichtlichen Urtheils nicht empfehlenswerth ist (cf. beiläufig Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen III. p. 389 und 433). Dieser Ausweg ist bequem, aber für die Fortentwicklung der Praxis sehr bedenklich.

§ 681. Ein zweitinstanzliches Urtheil wird mit der Ausfällung rechtskräftig

Hier ist die Oberappellation vor Bundesgericht zu reserviren. Cf. Art. 29 und 30 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (zweite Abtheilung A).

Im Uebrigen ist hier Folgendes zu betonen: Das Obergericht muß mit festem und sicherm Tritte vorangehen in der Hochhaltung der Präjudizien. Wie könnten sonst die untern Instanzen Achtung vor den Präjudikaten haben, wenn das Obergericht mit dem schlechten Beispiele der Mißachtung der frühern Urtheile voranmarschiren würde? Cf. ad § 437.

§ 682. Die Protokolle und Prozeßakten sind mit der Abschrift des zweitinstanzlichen Urtheils an die erste Instanz zurückzusenden (§ 170). Die Reinschrift des erstinstanzlichen Urtheils wird im Archive des Obergerichtes aufbewahrt.

Cf. betreffend die Rechtskraft der res judicata den Anhang zu § 446. Das Obergericht sollte viel energischer dafür sorgen, daß der Formalismus unsers Prozeßganges gewahrt wird (cf. ad §§ 29 und 80). Die saloppe Protokollführung (cf. ad § 156), die Zulassung von Korrekturen im Originalprotokolle (ad § 163), die Verschleppung der Prozesse, die ungehörige, ungenügende und formlose Abfassung von Eingaben auf fliegenden Blättern u. dergl. (cf. freilich Appellationskammer Schaller 12. Nov. 1881), — das Alles sollte entschieden und nachhaltig gerügt werden. Es fehlt unserer Praxis, wie mir scheint, eine stramme Oberleitung und so entwickelt sich nach und nach ein Indifferentismus, der jede Unordentlichkeit duldet und beschönigt.

B. Rekurs.

1. Rekurs gegen Beschlüsse des Konkursrichters.

§ 683. Gegen die Beschlüsse der Konkursrichter in Auffallsstreitigkeiten ist Rekurs an die Appellationskammer des Obergerichtes zulässig.

Eine summa appellabilis ist hier nicht gefordert (§ 91). Im Gegensatz zum normalen Zivilprozesse gebraucht man hier den Ausdruck „Rekurs", der dem summarischen Prozesse entlehnt ist.

Die aus dem Konkursverfahren hervorgehenden Zivilprozesse werden bei uns „Konkurspendenzen" genannt. Was den Begriff derselben anbetrifft, so ist Folgendes zu sagen (cf. meine Abhandlung in der Z. f. schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege V. p. 153).

1. Es muß betont werden, daß alle Streitigkeiten über die Frage, wie das Aktivvermögen eines Konkursiten unter die Kreditoren zu vertheilen sei und in welcher Reihenfolge diese mittelst jenem Vermögen befriedigt werden sollen, in dem besondern Verfahren einer sog. Konkurspendenz erledigt werden müssen: es ist dies ein Satz des jus publicum. Er ist von den Gerichten ex officio festzuhalten und die Parteien können für diese Prozesse ein forum prorogatum nicht begründen (Beschluß der Appellationskammer 11. Sept. 1880 Bodmer und ad § 221).

2. Die Appellationskammer definirt (R.-B. 1880 Nr. 59) die Auffallspendenzen als Streitigkeiten, welche in einem Auffall unter einzelnen Ansprechern oder zwischen solchen und den gesetzlichen Vertretern der Auffallsmasse darüber entstehen, wie die Vermögensstücke, welche zur Zeit des Ausbruches des Auffalls als im Besitze des Gemeinschuldners befindlich angesehen und als Massagut in's Inventar aufgenommen worden sind, zur Tilgung der angemeldeten Ansprachen verwendet werden sollen. Hiebei ist vorausgesetzt, einerseits, daß die „Ansprecher" etwas aus der Aktivmasse herausverlangen, sei es daß sie behaupten, sie haben an einzelnen Vermögensstücken ausschließliches oder wenigstens Miteigenthum und es seien also diese ohne Recht als zum Vermögen des Kridars gehörend angesehen worden, oder daß sie geltend machen, der Kridar sei ihr Schuldner und es müsse daher dessen Vermögen nach Vorschrift des Gesetzes auch zu ihrer Befriedigung verwendet

werden, **anderseits**, daß Einsprachen, welche gegen die Rechtsbeständigkeit einzelner Ansprachen erhoben werden, zunächst das Interesse der Konkursmasse und nicht das Sonderinteresse der betreffenden Einsprecher im Auge haben und bezwecken, zu verhindern, daß einzelne Ansprecher auf Kosten der Uebrigen aus der Masse etwas wegnehmen, was ihnen von Rechteswegen nicht gehört (B. XIII. p. 270; R.-B. 1880 Nr. 78).

3. Auf der andern Seite ist erkannt worden, daß die Ansprachen gegen die Konkursmasse nur im ordentlichen Prozesse geltend gemacht und entschieden werden müssen, welche auf die Vornahme einer gewissen Handlung gerichtet sind (Beschluß des Obergerichtes **Dynhard** 27. November 1880). Ferner erklärte das Obergericht (R.-B. 1874, p. 16/17):

Wenn in einem Konkurse eine Forderung an den Gemeinschuldner bloß kompensationsweise angemeldet, also von dem Anmeldenden Partizipation an der Masse nicht verlangt wird, so ist ein Streit darüber, ob der Forderung des Gemeinschuldners an den Anmeldenden ganz oder theilweise die Einrede der Kompensation entgegengesetzt werden könne, nicht als Auffallsstreitigkeit zu behandeln, sondern lediglich im Aktivverzeichnisse — bei den betreffenden Guthaben des Gemeinschuldners — vorzumerken, daß die Forderung nicht oder nur in dem und dem Betrage vom Schuldner, weil dieser die Einrede der Kompetenz stelle, anerkannt werde.

§ 684. Der Rekurs ist innerhalb zehn Tagen von der schriftlichen Mittheilung an und wenn eine solche nicht stattfindet, von der mündlichen Eröffnung des Erkenntnisses an dem Obergerichtspräsidenten **schriftlich** einzureichen und zu begründen.

Der Rekursschrift sind das angefochtene Erkenntniß sowie allfällige Belege beizulegen.

Leider ist hier prinzipiell das langweilige und schleppende schriftliche Verfahren eingeführt worden, — gewiß mit Unrecht (cf. **meine** zitirte Abhandlung in der Z. für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege V. p. 160).

§ 685. So lange der Rekurs offen steht, ist die Anwendung eines andern Rechtsmittels unzulässig.

Mittelst desselben können alle Mängel des Verfahrens wie des Erkenntnisses gerügt werden.

Cf. § 665.2.

§ 686. Ist der Rekurs an sich zulässig, so theilt der Obergerichtspräsident denselben in Abschrift dem Rekursgegner zur **Beantwortung** binnen einer Frist von höchstens zehn Tagen, und im Original dem erstinstanzlichen Richter zur freigestellten **Berichterstattung** und zur Einsendung der Akten mit.

§ 687. Die Rekursinstanz kann ausnahmsweise einen doppelten Schriftenwechsel und auf Antrag oder von Amteswegen die persönliche Befragung der Parteien anordnen.

§ 688. Wenn nach Inhalt der Rekursschrift die Sache besonders schwierig erscheint, oder wenn das schriftliche Verfahren zu weitläufig würde, so kann die Rekursinstanz eine **mündliche Verhandlung** veranstalten.

In diesem Falle wird die Rekursschrift bloß dem Rekursgegner zur Vorbereitung mitgetheilt; im Uebrigen richtet sich das

Verfahren nach den einschlägigen Bestimmungen über die Appellation (§§ 672 bis 674, 679).

Jedoch kann in der mündlichen Verhandlung das Erkenntniß nur so weit angefochten werden, als dies während der Rekursfrist schriftlich geschehen ist, und findet ein Anschluß an den vom Gegner ergriffenen Rekurs nicht statt.

§ 689. Neue Thatsachen, Einreden und Beweismittel sind zwar, vorbehältlich der Bestimmungen des Konkursgesetzes betreffend das Ausbleiben der Parteien bei der Konkursverhandlung und des bereits eingetretenen Ausschlusses in Folge Versäumung einer zerstörlichen Frist oder Tagfahrt, in zweiter Instanz nicht ausgeschlossen.

Macht aber die betreffende Partei nicht sofort in hohem Grade wahrscheinlich, daß ihr das Vorbringen derselben vor erster Instanz ohne ihre Schuld nicht möglich gewesen sei, so verfällt sie in eine Ordnungsbuße von Fr. 5 bis 25 und hat, auch wenn sie obsiegen sollte, alle durch ihre Verzögerung entstandenen Kosten zu tragen, sowie die Gegenpartei für den aus derselben erwachsenen Schaden in vollem Umfange zu entschädigen.

Die Zulassung des **beneficium novorum** ist eine höchst unglückliche Neuerung. Cf. ad § 676.

§ 690. Hält die Rekursinstanz die Abnahme weiterer Beweise für erforderlich, so beauftragt sie damit eines ihrer Mitglieder oder überträgt dieselbe dem erstinstanzlichen Richter.

§ 691. Eine Rückweisung an die erste Instanz, behufs Ausfällung eines neuen Erkenntnisses, soll niemals stattfinden, auch da nicht, wo eine mündliche Verhandlung angeordnet worden ist.

Es ist dies eine Ausnahme von der Fakultät des § 677.

2. Rekurs im summarischen Verfahren.

§ 692. Im summarischen Verfahren können durch Rekurs an die Rekurskammer des Obergerichtes gebracht werden:

1. alle erstinstanzlichen Erledigungsverfügungen der Gerichtspräsidenten, soweit nicht durch die Bestimmungen des Abschnittes über das summarische Verfahren (§§ 550 u. ff.) etwas Anderes vorgeschrieben ist;
2. insofern Nichtigkeitsgründe geltend gemacht werden können, auch alle vorläufigen und Zwischenverfügungen.

§ 693. Der Rekurs muß, wo nicht das Gesetz oder der Richter etwas Anderes bestimmt, innerhalb zehn Tagen von der Mittheilung der angefochtenen Verfügung an dem Obergerichtspräsidenten schriftlich eingereicht und begründet werden, unter Beilegung der Verfügung und allfälliger Belege.

Es ist unzulässig, die Rekursfrist von zehn Tagen, welche eine gesetzliche ist, zu erstrecken, wenn die in § 196.2 vorgesehenen Verhältnisse nicht vorliegen. Nach den Bestimmungen über das summarische Verfahren ist es dem Richter nur gestattet die Rekursfrist abzukürzen (Rekurskammer 15. September 1881 Schmid). Im Uebrigen cf. ad § 196 ff.

§ 694. Der Rekurs hemmt an sich die Vollstreckung der angefochtenen Verfügung nicht. Indessen kann die Rekursinstanz beziehungsweise deren Präsident je im einzelnen Falle verfügen, daß die Vollziehung vorläufig unterbleibe.

Im summarischen Verfahren hemmt im Gegensatze zur Appellation des normalen Zivilprozesses der Rekurs die Exekution grundsätzlich nicht (Z. XVIII. p. 221). Dieser Satz gilt auch im Rechtsöffnungsverfahren.

§ 695. Stellt sich die Beschwerde nicht sofort als unbegründet dar, so ist dieselbe dem Rekursgegner in Abschrift zur Beantwortung binnen höchstens zehn Tagen, und dem Gerichtspräsidenten im Originale zu freigestellter Vernehmlassung mitzutheilen.

Cf. ad § 203.

§ 696. Ein doppelter Schriftenwechsel ist nur ganz ausnahmsweise zu gestatten. Dagegen kann die zweite Instanz auf bestimmtes Verlangen einer Partei die persönliche Befragung durch den Bezirksgerichtspräsidenten anordnen.

§ 697. In der Rekursinstanz können zwar neue Thatsachen, Einreden und Beweismittel geltend gemacht werden, sofern die betreffende Partei nicht durch Versäumung einer zerstörlichen Frist oder Tagfahrt bereits ausgeschlossen ist. Sie kann jedoch, auch wenn sie obsiegt, in die Kosten, und wenn das Nichtvorbringen vor erster Instanz auf Arglist beruht, überdies in Entschädigung an die Gegenpartei und in Ordnungsbuße verfällt werden.

§ 698. Der zweitinstanzliche Entscheid muß kurz motivirt werden und ist den in der Rekursinstanz betheiligten Parteien schriftlich mitzutheilen.

3. Rekurs gegen Verfügungen und Beschlüsse im ordentlichen Verfahren.

§ 699. Gegen Verfügungen und Beschlüsse der Einzelnrichter, der Instruktionsrichter und der Gerichte im ordentlichen Zivilprozesse und in Auffallsstreitigkeiten ist der Rekurs nur statthaft:

1. wo das Gesetz ausdrücklich sofortigen Rekurs gestattet;
2. gegen Beschlüsse betreffend Ablehnungen, Gerichtsstand und Kompetenz;
3. wenn klare Prozeßvorschriften oder solche gesetzliche Bestimmungen verletzt sind, deren Nichtbeachtung Nichtigkeit zur Folge hätte;

4. wenn der Partei durch Vollziehung eines Beschlusses ein bedeutender unabwendbarer Rechtsnachtheil droht.

Alle übrigen prozeßleitenden Verfügungen können lediglich mit dem gegen den Endentscheid zulässigen ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden.

Grundsätzlich ist festzuhalten, daß während der Pendenz des Prozesses vor erster Instanz Beschwerden an die zweite nicht zulässig sind (§§ 529 und 665). Dieses Verfahren dient sehr zur raschen Abwicklung der Prozesse. Die Praxis hält sich strikte an die Gesetzesvorschrift des § 699 (cf. Beschluß der Appellationskammer 1. Oktober 1881 Bidermann & Cie.).

Immerhin mußte das Gesetz einzelne Ausnahmen gestatten, weil das rasche Tempo der Prozeßführung nicht der einzige Gesichtspunkt für die Rechtsprechung sein kann.

Ad 1. Cf. § 332.

Ad 3. Es ist z. B. erkannt worden, daß gegen die Abweisung eines Restitutionsgesuches Rekurs zulässig sei (Oberger. 17. Sept. 1878 Trachsler). Ebenso wenn ein Gericht eine Eingabe zurückweist und nicht berücksichtigen will, während die betreffende Partei ein Recht darauf hat, daß das Gericht von dem Inhalte der Eingabe Kenntniß nehme (Z. XXIII. p. 416, Erw. 3).

Ad 4. Dieser Fall liegt z. B. vor, wenn ein Gericht durch bloßen Beschluß einen Theilungsmodus festsetzt und die Vergantung anordnet, während der Theilungsmodus gerade den Streit bildet (Appellationskammer Kämpf 16. November 1880). Ferner wurde ein unabwendbarer Rechtsnachtheil angenommen, als ein Begehren um Erstreckung der Frist zur Bezeichnung der Beweismittel und Leistung einer Baarkaution verworfen wurde (Z. XIX. p. 363).

Endlich bleiben auch vorsorgliche Maßregeln vorbehalten, gegen welche ein Rekurs zulässig ist (§ 702 Z. XVIII. p. 421 und R.-B. 1878, Nr. 57).

§ 700. Der Rekurs ist innerhalb zehn Tagen von der Mittheilung der betreffenden Verfügung an schriftlich unter Beilegung derselben nebst allfälligen Belegen einzureichen, und zwar wenn er gerichtet ist gegen eine Verfügung des Friedensrichters bei dem Bezirksgerichte, gegen eine Verfügung des Instruktionsrichters oder des Konkursrichters in Auffallsstreitigkeiten, gegen Verfügungen des Bezirksgerichtspräsidenten im ordentlichen Verfahren oder gegen einen Beschluß des Bezirksgerichtes an die Appellationskammer des Obergerichtes, gegen einen Beschluß des Handelsgerichtes oder die Verfügung eines Instruktionsrichters bei demselben an das Obergericht.

§ 701. Findet die Rekursinstanz, daß keine der in § 699 bezeichneten Voraussetzungen vorhanden sei, so weist sie die Beschwerde sofort von der Hand.

Wird dagegen auf den Rekurs eingetreten, so ist derselbe immer der Gegenpartei und der ersten Instanz zur Beantwortung mitzutheilen.

4. Anderweitige Rekurse.

§ 702. Rekurse gegen Verfügungen der Konkursrichter in Auffallssachen sind an die Rekurskammer des Obergerichtes, gegen Beschlüsse der Bezirksgerichte außerhalb des ordentlichen Prozesses und in Auffallssachen an die Appellationskammer des Obergerichtes, gegen Beschlüsse des Handelsgerichtes außerhalb des Prozeßverfahrens an das Obergericht zu richten.

Es werden unterschieden:

1. Rekurse gegen Verfügungen der Konkursrichter, z. B. gegen die Konkurseröffnungen, einen Entscheid über die Vertheilung des versteigerten Massegutes (R.-B. 1880, Nr. 78) oder gegen einen Beschluß des Konkursrichters über § 59 des Konkursgesetzes. Die Rekursinstanz ist die Rekurskammer.
2. Rekurse gegen Beschlüsse der Bezirksgerichte außerhalb des ordentlichen Prozesses. Hieher gehören vorsorgliche Maßregeln (cf. ad § 699 i. f. und § 578). Rekursinstanz ist die Appellationskammer.
3. Rekurse in „Auffallssachen", die nach dem neuen Konkursgesetze Konkursstreitigkeiten und in der Praxis Konkurspendenzen genannt werden. Rekursinstanz ist die Appellationskammer.
4. Rekurse gegen Beschlüsse des Handelsgerichts außerhalb des Prozesses (cf. Nr. 2). Rekursinstanz ist das Obergericht.

§ 703. Die Rekursfrist von zehn Tagen läuft auch hier vom Tage der Mittheilung an, und das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen des § 701, Satz 2.

C. Nichtigkeitsbeschwerde (Kassation).

§ 704. Gegen Erkenntnisse der Friedensrichter, gegen Erkenntnisse und endliche Verfügungen der Gerichtspräsidenten, gegen Urtheile und Beschlüsse des Handelsgerichtes, des Obergerichtes und seiner Kammern, sowie gegen schiedsgerichtliche Urtheile ist Nichtigkeitsbeschwerde zulässig:

1. wenn das erkennende Gericht inkompetent war;
2. wenn es unbefugter Weise sich inkompetent erklärt hat;
3. wenn dasselbe nicht gehörig besetzt war;
4. wenn eine unfähige oder abgelehnte Gerichtsperson an der Entscheidung Theil genommen hat (§§ 130 und 131);
5. wenn eine handlungsunfähige Partei nicht gehörig vertreten war und nicht der Vormund oder nach erlangter Handlungsfähigkeit die Partei selbst das Verfahren genehmigt hat (§ 239);
6. wenn eine Partei nicht gehörig vorgeladen oder ihr das rechtliche Gehör verweigert oder wenn ein Berechtigter von der Führung seiner Sache ausgeschlossen wurde;
7. wenn das Gericht seinen Entscheid auf offenbar aktenwidrige thatsächliche Annahmen gestützt hat;

8. wenn und soweit einer Partei Mehreres oder Anderes zugesprochen wurde, als sie selbst verlangt, oder weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat;
9. wenn der angefochtene Entscheid in materieller Beziehung mit einer klaren gesetzlichen Bestimmung in offenbarem Widerspruch steht.

Die Kassationsbeschwerde ist (wie die Revisionsbeschwerde und die Erläuterung) ein außerordentliches Rechtsmittel. Das Gesetz hat die Voraussetzungen desselben genau umschrieben und nur innerhalb dieses formalen Rahmens kann sich die extraordinäre Gerichtsinstanz bewegen. Mit der angeführten Thatsache hängt zusammen, daß die Einreichung einer Kassationsbeschwerde keinen Suspensiveffekt hat.

Es ist eine hohe Aufgabe des Richteramtes einen begangenen Fehler wieder gut zu machen, nachdem es dem Richter trotz seiner Anstrengung nicht gelungen war, ihn zu vermeiden.

Ad Nr. 1. Z. B. wenn das Gericht in einer Sache entschieden hat, die in die Kompetenz der Verwaltungsbehörden fällt (R.-B. 1877, Nr. 62) oder wenn das Handelsgericht eine Streitsache trotz seiner bestrittenen Kompetenz beurtheilt. Cf. auch Nr. 2.

Ad Nr. 6. „Nicht gehörig vorgeladen" cf. Z. XX. p. 380/1.

„Verweigerung des rechtlichen Gehörs" liegt vor:

a) wenn in einem Entscheide eine aktengemäße Thatsache anerkannt ist, jedoch aus den weitern Ausführungen des Entscheides hervorgeht, daß der Richter absichtlich vermied, aus derselben allfällige rechtliche Folgerungen zu ziehen (R.-B. 1879, Nr. 82);
b) wenn der Antrag einer Partei, daß über ihre thatsächlichen Behauptungen Zeugen einvernommen werden, unter Anführung des Grundes abgelehnt werden, daß ihre Aussagen höchstens die Bedeutung eines Indiziums hätten. Das Kassationsgericht drückte sich (R.-B. 1880, Nr. 75) dahin aus:

  Selbst wenn unsere Prozeßordnung nach der alten Beweistheorie zwischen Indizien und gewichtigern Beweismitteln unterscheiden würde, könnte die Einvernahme der Zeugen nicht mit der Begründung beseitigt werden, ihre Aussagen würden bloße Indizien bilden, denn ein Beweis kann auch nach der alten Beweistheorie durch Verbindung von Indizien mit gewichtigern Beweismitteln, ja durch bloßes Zusammentreffen mehrerer Indizien hergestellt werden. Nun kennt aber unsere Prozeßordnung die Unterscheidung zwischen Indizien und gewichtigern Beweismitteln nicht, sondern der Richter ist gemäß § 290 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege in der Würdigung der Beweise lediglich an seine Ueberzeugung gebunden, sofern ihn das Gesetz hierin nicht ausdrücklich beschränkt;

c) in der Nichtabnahme eines anerbotenen Beweises (Zeugen, außerger. Geständniß R.-B. 1880, Nr. 76), wenn zweierlei zusammentrifft: die Erheblichkeit der Beweisanerbietung und die Unterlassung einer Ausführung im angefochtenen Entscheide, weßhalb der Richter das Beweisanerbieten für unerheblich gehalten hat (R.-B. 1880, Nr. 83). Ebenso wenn ein erhebliches Beweisanerbieten in einer Weise beseitigt wird, daß darin eine bloße Deckung des Bestrebens gefunden werden müßte, einer Partei das rechtliche Gehör nicht zu Theil werden zu lassen (Z. XXII. p. 238—240);
d) wenn den Parteien nicht gleiches Recht gehalten wird (R.-B. 1877, Nr. 75);

e) wenn ein Gericht dem Begehren einer Partei um Streitverkündung an einen Dritten keine Folge gibt, besonders dann, wenn dieser Dritte allein oder vorzugsweise in der Lage ist, über die entscheidenden Thatsachen Aufschluß zu geben und Beweise beizubringen (R.-B. 1875, p. 130 Nr. 3);

f) wenn eine Widerklage nicht berücksichtigt wird (Appellationskammer Hottinger 27. Juni 1879). Anders im Strafprozesse speziell im Injurienprozesse (Kassationsgericht Keller 12. Aug. 1881);

g) wenn das Gericht einem Gesuche unter Voraussetzung der thatsächlichen Richtigkeit des Vorgebrachten entspricht, ohne den Gegner anzuhören (Obergericht Folger 2. Juni 1877);

h) wenn auf eine Urkunde abgestellt wird, ohne daß der Beweisgegner Gelegenheit erhält, sich über dieselbe auszusprechen (Appellationskammer Süßtrunk 17. September 1878).

Ad Nr. 7.

Offenbar aktenwidrige thatsächliche Annahmen liegen z. B. vor:

a) wenn aus dem Urtheile hervorgeht, daß der Richter in den Akten etwas gelesen hat, was nicht darin steht oder etwas nicht gelesen hat, was darin enthalten ist (Kassationsgericht 12. Okt. 1881 Dürr);

b) wenn das Gericht eine Vertragsurkunde in der Weise interpretirt, daß die so gewonnene Interpretation entweder mit dem klaren Wortlaut der betreffenden Urkunde oder, wo dieser zweideutig ist, mit den zur Interpretation herbeigezogenen Verumständungen in einem nicht zu verkennenden Widerspruche stehen würde, oder wenn sie endlich aus bestrittenen, aber überall nicht nachgewiesenen und somit auch nicht aktengemäßen Momenten gefolgert worden wäre (R.-B. 1878, Nr. 75).

Falls aber über die rechtliche Würdigung einer Urkunde verschiedene Ansichten bestehen könnten, hat die untere Instanz in der Wahl des nach ihrem Dafürhalten Richtigen freie Hand und ihr Entscheid kann von der Kassationsinstanz nicht nur deßwegen abgeändert werden, weil diese die gegentheilige Ansicht für richtig hält.

In der Aufgabe und den Befugnissen des Kassationsrichters liegt es nicht, da, wo über die rechtliche Bedeutung einer als Beweismittel produzirten Urkunde begründete Zweifel bestehen können, an die Stelle der nach seinem Dafürhalten unrichtigen Auffassung der ersten Instanz eine andere treten zu lassen und gestützt hierauf das erstinstanzliche Urtheil abzuändern (R.-B. 1876, p. 123).

Diese Ausführung wurde auch vom Kassationsgericht i. S. Irion gebilligt (9. Mai 1881).

Ad Nr. 8.

Z. B. das Gericht erklärt den Beklagten pflichtig, dem Kläger einen offenen Fahrweg einzuräumen und denselben abzustecken, während die Klage nur auf Anerkennung einer Servitut ging (R.-B. 1877, Nr. 62).

Ad Nr. 9.

Unter dieser Bestimmung ist eine materielle, nicht eine prozessualische zu verstehen. (Cf. z. B. Beschluß des Kassationsgerichtes 4. Oktober 1880 Boßhardt und 12. Oktober 1881 Dürr).

Hier ist zunächst Folgendes zu betonen. Der Ausdruck des Gesetzes (§ 704, Nr. 9 „in offenbarem Widerspruch") ist zwar nicht gerade logisch. Es ist klar, daß, wenn ein richterlicher Entscheid dem Gesetze widerspricht, die durch denselben bewirkte Rechtsverletzung dieselbe bleibt, mag der Widerspruch verdeckt sein oder nicht. Der Ausdruck „offenbar" soll auf die Schwierigkeit hindeuten, im einzelnen Falle die Grenze zu ziehen einmal zwischen einem Entscheide, welcher zwar bei richtiger Auslegung des Gesetzes anders ausgefallen wäre, jedoch nicht kassirt werden darf und sodann

zwischen einem Entscheide, der wegen Widerspruchs mit dem Gesetze kassirt werden soll. Das Gesetz schärft dem Kassationsrichter ein, mit großer Vorsicht zu verfahren und sich nicht die Stellung eines Appellationsrichters anzumaßen. Die Rechtssicherheit erfordert, daß die Recht schaffende Kraft der Urtheile geschützt werde. Wenn also der Nichtigkeitsgrund Nr. 9 geltend gemacht wird, so handelt es sich für den Kassationsrichter darum zu prüfen, ob den Schlußfolgerungen des angefochtenen Entscheides mit Nothwendigkeit eine Prämisse zu Grunde liege, welche einen durch das Gesetz aufgestellten d. h. vernünftiger Weise nicht verschiedener Auslegung fähigen Rechtssatz ignorirt oder denselben einem andern im Gesetze nicht enthaltenen Rechtssatz substituirt. Ist ein gesetzlicher Rechtssatz auch für einen einsichtigen Richter verschiedener Auslegung fähig, so darf der Kassationsrichter den angefochtenen Entscheid nicht deßhalb kassiren, weil er die darin enthaltene Gesetzesauslegung für unrichtig hält (R.-B. 1875, p. 149/50).

Eine Gesetzesbestimmung, deren Sinn nicht aus ihrem Wortlaute zu erklären wäre, ist keine klare (R.-B. 1880, Nr. 74).

Ob der Richter bei seiner Auslegung des Gesetzes die Gründe des Gesetzgebers verkannt habe, hat das Kassationsgericht nicht zu entscheiden (R.-B. 1877, Nr. 111 i. f., 1879 Nr. 80).

Im Uebrigen ist hinzuzufügen: Für das Kassationsgericht ist diejenige Begründung maßgebend, die das Urtheil enthält. Wenn also das Dispositiv des angefochtenen Entscheides nach seiner urkundlichen Begründung als Folgerung aus aktenwidriger thatsächlicher Annahme oder aus mit klarem Rechte im Widerspruch stehenden Prämissen sich darstellt, so ist gemäß § 712 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege das angefochtene Urtheil aufzuheben und es hat das Kassationsgericht frei nach eigener Ansicht zu entscheiden (R.-B. 1880 Nr. 84; cf. auch R.-B. 1878 Nr. 9 und 1879 Nr. 74). — Cf. noch § 289.

§ 705. Die Anfechtung erstinstanzlicher Urtheile und Beschlüsse wegen der in § 704 bezeichneten Mängel geschieht auf dem Wege der Berufung oder des Rekurses.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist hier nur zulässig, wenn der Nichtigkeitskläger erst nach Ablauf der Appellations- oder Rekursfrist Kenntniß von einem Nichtigkeitsgrunde erlangt hat.

Cf. § 665.

§ 706. Die Nichtigkeitsbeschwerde kann, soweit sie überhaupt zulässig ist, innerhalb sechszig Tagen von der schriftlichen Mittheilung des Urtheils oder Beschlusses an, und, wenn auf eine solche verzichtet wurde, von der mündlichen Eröffnung an unbedingt, nach Ablauf dieser Frist aber nur noch innerhalb der nächsten zehn Jahre von Ausfällung des Urtheils an erhoben werden, wenn zugleich bescheinigt wird, daß der Nichtigkeitskläger erst innerhalb dreißig Tagen vor der Eingabe seiner Beschwerde von dem Kassationsgrunde Kenntniß erlangt hat.

§ 707. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist gegen friedensrichterliche Erkenntnisse beim Bezirksgerichte, gegen Verfügungen der Gerichtspräsidenten bei der Rekurskammer, gegen Erkenntnisse derselben bei der Appellationskammer des Obergerichtes, gegen Urtheile und Beschlüsse des Handelsgerichtes, des Obergerichtes und seiner Kammern beim Kassationsgerichte anzubringen.

Nichtigkeitsbeschwerden gegen schiedsgerichtliche Urtheile gehen an diejenige Gerichtsstelle, welche anzurufen wäre, wenn der zuständige ordentliche Richter entschieden hätte.

Der so gefaßte Inhalt des § 707 ist ein Produkt der Novelle. — Es existirt bei uns eine Kontroverse darüber, ob die Weiterziehung einer Nichtigkeitsbeschwerde von der zu ihrer Behandlung bestimmten Instanz an eine höhere zuläßig sei oder nicht. Konkreter gesprochen: ob ein Kassationsgesuch gestattet werde gegen Kassationsentscheide des Bezirksgerichtes über friedensrichterliche Erkenntnisse an die Appellationskammer und von dieser an das Kassationsgericht, — gegen Kassationsentscheide der Appellationskammer über Erkenntnisse des Gerichtspräsidenten in der Einzelkompetenz an das Kassationsgericht u. s. w.

Das Obergericht erklärte (R.-B. 1877 Nr. 75): Ueber Kassationsgesuche gegenüber friedensrichterlichen Erkenntnissen entscheidet das Bezirksgericht letztinstanzlich (§ 84 lit. a). Es ist also unzuläßig, die vom Bezirksgerichte bereits letztinstanzlich entschiedene Frage neuerdings dadurch vor eine weitere Instanz zu ziehen, daß gegen den abweisenden Kassationsentscheid Kassationsbeschwerde erhoben wird. Das Gesetz hat daher für derartige Kassationsbeschwerden irgend eine Instanz nicht vorgesehen.

Im gleichen Sinne entschied das Kassationsgericht (7. April 1879 R.-B. 1879 Nr. 78):

Nach dem Wortlaute des Gesetzes betreffend die Rechtspflege ist eine Weiterziehung der Nichtigkeitsbeschwerde von der zu ihrer Behandlung durch das Gesetz bestimmten Instanz an eine höhere unzuläßig, indem jeder Entscheid über eine Nichtigkeitsbeschwerde ein letztinstanzlicher ist (§§ 84 a, 103 a, 104 und 106 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege). Beschwerdeführer will nun zwar nicht die von ihm beim Obergerichte gestellte Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht als höhere Instanz weiterziehen, sondern ficht den Entscheid des Obergerichtes, den es als Kassationsinstanz erlassen hat, als nichtig an. Allein gegen den Entscheid einer Kassationsinstanz findet überhaupt kein Rechtsmittel statt, auch nicht das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde. Wäre dieses zuläßig, so müßte die obere Kassationsinstanz in den Fällen, in welchen sie gemäß §§ 712 und 1096 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege, wenn sie Kassation ausspricht, selbst über die Sache zu entscheiden hat, einen Entscheid darüber geben, ob die bei der untern Kassationsinstanz angebrachte Nichtigkeitsbeschwerde begründet sei. Hierin läge aber thatsächlich die Zulassung der Weiterziehung einer Nichtigkeitsbeschwerde an eine höhere als die im Gesetze bestimmte Instanz, somit eine Umgehung der in den §§ 84 a, 103 a, 104 und 106 enthaltenen Vorschrift, daß der Entscheid einer Kassationsinstanz ein letztinstanzlicher sei. Der § 112, welcher allgemein festsetzt, das Kassationsgericht beurtheile die Nichtigkeitsbeschwerden über Urtheile und Beschlüsse des Obergerichtes, sowie der Appellations- und der Rekurskammer des Obergerichtes, ist demnach durch die in den §§ 103 a, 104 und 106 enthaltene Vorschrift beschränkt.

Diesfalls muß aber bemerkt werden, daß das Kassationsgericht am 20. Mai 1876 Folgendes ausgeführt hatte (R.-B. 1879 Nr. 78 Anmerkung):

Die Bestimmungen in den §§ 103, 104 und 106 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege, wornach jeweilen die Appellationskammer, die Rekurs- und Anklagekammer, das Obergericht letztinstanzlich über Nichtigkeitsbeschwerden zu entscheiden hat, kann füglich so ausgelegt werden, daß dieselbe Nichtigkeitsbeschwerde nicht weiter gezogen werden dürfe, was nicht ausschließt, daß gegen den Kassationsentscheid eine selbständige Nichtigkeitsbeschwerde zuläßig ist. Der Bemerkung endlich, wenn die obere Kassationsinstanz darüber entscheiden würde, ob die bei der untern angebrachte Nichtigkeitsbeschwerde begründet sei, so läge hierin thatsächlich die Zulassung der Weiterziehung einer

Nichtigkeitsbeschwerde an eine höhere als die im Gesetze bestimmte Instanz, also die Umgehung der Vorschrift, daß der Entscheid einer Kassationsinstanz ein letztinstanzlicher sei, läßt sich entgegenhalten, daß nach § 103 die Appellationskammer auch die Appellationen und gewisse Rekurse letztinstanzlich entscheiden soll, man also auch sagen könnte, wie das Kassationsgericht in Folge einer Nichtigkeitsbeschwerde ein Urtheil in der Sache selbst fällt, so liege darin eine Umgehung der Vorschrift, daß die Appellationskammer die Appellationen und Rekurse letztinstanzlich entscheide, während doch §§ 712 und 1096 ausdrücklich vorschreiben, daß das Kassationsgericht in gewissen Fällen in der Sache selbst entscheiden soll. Entscheidet das Kassationsgericht bei einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Appellations- oder Rekurserkenntniß in der Sache selbst, so handelt es nicht als Oberappellationsinstanz oder als Oberrekursinstanz, sondern es tritt an die Stelle der Appellationsinstanz oder Rekursinstanz, deren Entscheid aufgehoben und als nicht vorhanden zu betrachten ist. Ebenso handelt das Kassationsgericht nicht als Oberkassationsinstanz, wenn es im Falle der Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Kassationserkenntniß der Appellationskammer oder der Rekurskammer in der Sache selbst entscheidet, sondern es tritt an die Stelle der Appellationskammer oder Rekurskammer, deren Kassationserkenntniß aufgehoben und als nicht vorhanden zu betrachten ist.

Darnach muß also gesagt werden: Die Weiterziehung einer Nichtigkeitsbeschwerde vor eine ordentliche höhere Instanz ist an sich nicht zuläßig. Dieser Satz erleidet nur dann eine Aenderung, wenn der Kassationsentscheid selber an Nichtigkeit leidet (Beschluß des Kassationsgerichtes vom 10. Januar 1881 Baumann).

§ 708. Die Nichtigkeitsbeschwerde soll enthalten:

1. Die genaue Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung;
2. die Angabe der einzelnen Nichtigkeitsgründe und der Beweismittel für dieselben;
3. den bestimmten Antrag, in welchem Umfange das frühere Verfahren als nichtig zu erklären sei.

Das angefochtene Erkenntniß, sowie die Beweismittel (Ziffer 2) sind, soweit dies möglich ist, der Beschwerde beizulegen.

§ 709. Stellt sich die Nichtigkeitsbeschwerde nicht sofort oder nach Einziehung der Protokolle und Akten als unbegründet dar, so theilt der Gerichtsvorstand dieselbe, nachdem der Beschwerdeführer für die ihn auf den Fall des Unterliegens treffenden Kosten und Entschädigungen angemessene Kaution geleistet hat, der Gegenpartei mit und setzt, sofern es sich um ein Urtheil handelt, Tag zur mündlichen Parteiverhandlung, und wo nur schriftliches Verfahren statthaft ist (§ 663), Frist zur Beantwortung durch die Gegenpartei an.

Die Kaution ist unter der Androhung aufzulegen, daß sonst auf das Begehren nicht weiter eingetreten würde. Innerhalb der Frist von 60 Tagen (§ 706) kann das Nichtigkeitsgesuch erneuert werden (Ob. G. Stettbacher 20. Febr. 1875).

Wenn die Kassationsinstanz findet, die Kassation werde bei einem Punkte am Platze sein, bei dem andern stelle sie sich dagegen sofort als unbegründet dar, so ist die Zulassung in einem motivirten Beschluß auf

jenen Punkt zu beschränken (Beschluß der Appellationskammer Oerlikon 22. Januar 1881).

§ 710. Die Kassationsinstanz kann überdies die Beschwerde der untern Instanz zur Beantwortung mittheilen und wo es ihr zweckmäßig erscheint, die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung sistiren.

Nichtigkeitsbeschwerden gegen friedensrichterliche Erkenntnisse sind, wenn sie nicht sofort abgewiesen werden müssen, immer dem Friedensrichter zur Berichterstattung mitzutheilen.

§ 711. Die Vorschriften der §§ 673 und 674 betreffend das Ausbleiben der Parteien finden auch auf die Kassationsverhandlung Anwendung.

§ 712. Findet das Gericht die vorgebrachte Nichtigkeitsbeschwerde begründet, so hebt es die angefochtene Entscheidung, sowie das derselben vorangegangene Verfahren, soweit der Nichtigkeitsgrund auf dasselbe einwirkt, auf, weist in den Fällen 2—6 des § 704 die Sache an das erstinstanzliche Gericht behufs Verbesserung des Mangels zurück und entscheidet in den Fällen 7—9 nöthigenfalls nach Anordnung weiterer Verhandlungen in der Sache selbst.

Wenn theils Ziffer 1—6, theils 7—9 des § 704 zutreffen, so wird das weitere Verfahren durch Zweckmäßigkeitsgründe bestimmt (Beschluß der Appellationskammer Süßtrunk 17. Sept. 1878).

Gemäß § 712 hat je nach der Art des vorgebrachten Nichtigkeitsgrundes, wenn derselbe zutrifft und demnach das angefochtene Erkenntniß aufgehoben werden muß, das Kassationsgericht entweder die Sache an das Gericht, von welchem das aufgehobene Erkenntniß gefällt worden ist, zurückzuweisen oder selbst in der Sache zu entscheiden. Wird also in einem Fall, in welchem beim Zutreffen des Nichtigkeitsgrundes das Kassationsgericht selbst zu entscheiden hat, ein zweitinstanzliches Urtheil aufgehoben, so tritt das Kassationsgericht an die Stelle der Appellationsinstanz. Daraus folgt, daß, wenn von der zweiten Instanz ein erstinstanzliches Urtheil bestätigt worden ist, aber aus Gründen, welche mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden können, während die erste Instanz auf Gründe abgestellt hat, die mit der Nichtigkeitsbeschwerde nicht hätten angefochten werden können, das Kassationsgericht, wenn es mit der Begründung des erstinstanzlichen Urtheils nicht einverstanden ist, ein dasselbe abänderndes Urtheil fällen kann (R.-B. 1879 Nr. 75).

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist selbstverständlich erfolglos, wenn zwar die Begründung des angefochtenen Entscheides fehlerhaft ist, der Entscheid selbst aber aus andern Gründen als richtig erscheint. Es kann sich fragen, ob in einem solchen Falle der angefochtene Entscheid aufzuheben und vom Kassationsgericht ein neuer, zutreffend begründeter, aber in den Dispositionen gleichlautender Entscheid zu erlassen, oder ob der Nichtigkeitskläger deßhalb abzuweisen sei, weil immerhin seinem Begehren eines in den Dispositiven anders lautenden Entscheides nicht entsprochen wird. Das Kassationsgericht hat wiederholt in der zuletzt erwähnten Weise entschieden, also nicht die Beschwerde als begründet und ein neues, jedoch in Dispositiven gleichlautendes Erkenntniß erlassen, sondern — lediglich in der Begründung seines Erkenntnisses diejenige des angefochtenen Erkenntnisses berichtigend — den Beschwerdeführer abgewiesen. Praktisch ist die Frage, ob in der einen oder

andern Weise verfahren werden soll, lediglich insofern, als gemäß §§ 1161 und 1187 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege den Parteien keine Staats- und Schreibgebühren auferlegt werden dürfen, wenn eine Nichtigkeitsbeschwerde als begründet erklärt wird (R.-B. 1879, Nr. 76).

Dieses Raisonnement ist vom Kassationsgerichte ferner im Prozesse Schmid 10. Januar 1881 angewendet worden.

Entscheidet das Kassationsgericht nicht definitiv, so sind natürlich die Kosten vorläufig beiden Parteien zu gleichen Theilen aufzulegen (cf. § 677).

§ 713. Abgesehen von dem Falle einer von der Gegenpartei selbstständig erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde darf die angefochtene Verfügung nicht zum Nachtheile des Kassationspetenten abgeändert werden.

Der Kassationspetent muß nach der richtigern Ansicht die Gründe der Nichtigkeit unter dem Präjudiz des Verzichts genau bezeichnen (§ 708.2). Es kann das Gericht nicht andere an deren Stelle suppliren. Ist z. B. Nr. 7 des § 704 angerufen, so kann nicht auf Grund von Nr. 8 kassirt werden. Dagegen ist es bei Anrufung von Nr. 9 indifferent, ob die richtige oder unrichtige Gesetzesstelle als verletzt bezeichnet wird.

Ueber die einzelnen Kassationsgründe wird separat und selbständig abgestimmt.

D. Wiederherstellung (Revision).

§ 714. Die Wiederherstellung gegen rechtskräftige Erkenntnisse, Urtheile und Beschlüsse außerhalb des summarischen Verfahrens findet statt:

1. wenn durch ein strafrechtliches Urtheil festgestellt ist, daß durch ein Verbrechen zum Nachtheil des Revisionsklägers auf den Entscheid eingewirkt wurde;
2. wenn der Revisionskläger nach Ausfällung des rechtskräftigen Erkenntnisses Thatsachen entdeckt hat, die zwar zur Zeit des Verfahrens bereits vorhanden waren, die er aber auch bei Anwendung des erforderlichen Fleißes nicht rechtzeitig hatte kennen können;
3. wenn der Revisionskläger nach Ausfällung des rechtskräftigen Urtheils Beweismittel aufgefunden hat, welche er selbst bei Anwendung des erforderlichen Fleißes nicht rechtzeitig hatte kennen und beibringen können;

in den beiden letzten Fällen jedoch nur, wenn die Thatsachen und Beweismittel von der Beschaffenheit sind, daß bei rechtzeitiger Geltendmachung derselben die angefochtene Entscheidung für den Revisionskläger günstiger ausgefallen wäre.

Cf. die Einleitung ad § 704 und Z. XXII. p. 240 ff. — Unter den „Beschlüssen" sind Erledigungsbeschlüsse zu verstehen (Oberger. Beschluß Gattiker 24. April 1878). Eine begrifflich ganz verschiedene Revisionsbeschwerde kennt das eidgenössische Zivilprozeßgesetz (Art. 192 ff.).

§ 715. Das Wiederherstellungsgesuch muß innerhalb dreier Monate vom Tage der Entdeckung des Revisionsgrundes an geltend gemacht werden.

§ 716. Für die Behandlung ist dasjenige Gericht zuständig, welches in Sachen in letzter Instanz entschieden hat.

§ 717. Das Wiederherstellungsgesuch ist schriftlich einzureichen und muß enthalten:

1. die genaue Bezeichnung der einzelnen Revisionsgründe, sowie die Antretung der hierauf bezüglichen Beweise;
2. den Nachweis, daß seit Auffindung dieser Revisionsgründe noch nicht drei Monate verflossen seien (§ 715);
3. den bestimmten Antrag, in welchem Umfange das frühere Erkenntniß aufzuheben und wie statt dessen zu erkennen sei.

Das frühere Erkenntniß soll dem Gesuche beigelegt werden.

§ 718. Stellt sich das Revisionsgesuch nicht sofort als unzulässig oder unerheblich dar, so verfügt das Gericht die schriftliche Beantwortung desselben und entscheidet hierauf über die vorläufige Zulassung zur Revision. Der Revision selbst hat bei Urtheilen noch eine mündliche Parteiverhandlung vorauszugehen.

§ 719. Die Vollziehung des angefochtenen Erkenntnisses wird, sofern das Gericht nicht ausdrücklich etwas Anderes beschließt, durch die vorläufige Zulassung des Revisionsgesuches nicht gehemmt.

§ 720. Die Vorschriften der §§ 673 und 674 finden auf die Revisionsverhandlung analoge Anwendung.

§ 721. Bei der mündlichen Verhandlung darf sich der Revisionskläger zur Begründung seines Gesuches nur auf diejenigen Thatsachen und Beweismittel berufen, welche er im Revisionsgesuche bestimmt bezeichnet hat.

Der Revisionsgegner dagegen kann zu seiner Vertheidigung neue Thatumstände und Beweise vorbringen, insofern solche nur das neue Vorbringen des Petenten und den Einfluß desselben auf das Erkenntniß betreffen, und zwar ohne Unterschied, ob sie ihm in den frühern Verhandlungen schon bekannt waren und ob er damals damit ausgeschlossen wurde oder nicht.

Die endliche Entscheidung, daß Revisionsgründe nicht vorliegen, ist in die Form eines Beschlusses zu bringen.

§ 722. Findet das Gericht das Revisionsgesuch begründet, so hebt es die frühere Entscheidung auf und entscheidet in der Sache auf's Neue.

Gegen diesen Entscheid sind weitere Rechtsmittel nur statthaft, sofern dieselben unter den gleichen Voraussetzungen gegen die aufgehobene Entscheidung ebenfalls zulässig gewesen wären.

§ 723. Verfügungen im summarischen Verfahren, gegen welche das ordentliche Rechtsmittel des Rekurses entweder nicht gestattet ist, oder nicht mehr offen steht, und

Rekursalbescheide im summarischen Verfahren können mittelst des Wiederherstellungsgesuches innerhalb der in § 715 bezeichneten Frist ebenfalls angefochten werden, sobald es sich zeigt, daß denselben irrthümliche, thatsächliche Voraussetzungen zu Grunde liegen, oder ihre formelle oder materielle Unrichtigkeit klar vorliegt.

Die dreimonatliche Frist läuft in diesem Falle von dem Tage an, wo das Gesuch zuerst hätte gestellt werden können.

Das Verfahren ist im Uebrigen analog demjenigen bei Gesuchen um Wiederherstellung gegen Beschlüsse.

Nach § 723 können erstinstanzliche Verfügungen im summarischen Verfahren nur insofern mittelst des Rechtsmittels der Wiederherstellung angefochten werden, als das ordentliche Rechtsmittel des Rekurses entweder nicht gestattet ist oder nicht mehr offen steht. Es versteht sich von selbst und bedarf keiner weitern Ausführung, sondern folgt schon aus der Natur und Bedeutung der Wiederherstellung als außerordentlichen Rechtsmittels, daß es nur auf Thatsachen und Verhältnisse gegründet werden kann, die dem Revisionspetenten während der Zeit, da er noch das ordentliche Rechtsmittel des Rekurses hätte ergreifen können, unbekannt waren oder von ihm aus irgend einem entschuldbaren Grunde nicht hätten geltend gemacht werden können. Wollte man weiter gehen und annehmen, daß ohne Rücksicht auf die Frage, ob dieselben schon während der Rekursfrist hätten geltend gemacht werden können, auf jedes Revisionsgesuch einzutreten sei und es dabei nur darauf ankomme, ob die geltend gemachten Einwendungen materiell begründet seien, so würde die Bestimmung des § 161 des Gesetzes betreffend die Schuldbetreibung, wonach gegen den Entscheid über ein Rechtsöffnungsbegehren jeder Partei innerhalb zehn Tagen der Rekurs an das Obergericht offen steht, gerade in den Fällen ihre Bedeutung verlieren, wo ihre Anwendung besonders geboten ist und wäre es vollkommen der Willkür der Parteien anheimgegeben, ob sie von der Rekursfrist Gebrauch machen oder nachträglich bei der ersten Instanz um Abänderung der ihnen nicht genehmen Verfügung einkommen wollen (R.-B. 1875, p. 101).

E. Erläuterung.

§ 724. Wenn die Bestimmungen eines Erkenntnisses, Urtheiles, Beschlusses oder einer Verfügung dunkel, zweideutig oder sich widersprechend sind, so kann bei dem Richter, welcher das Erkenntniß ausgefällt hat, um dessen Erläuterung nachgesucht werden.

Die Rechtssicherheit und die den rechtskräftigen Urtheilen zukommende Wirkung gestattet nicht, auf ein Erläuterungsgesuch einzutreten, wo über den Sinn des Urtheils vernünftigerweise ein Zweifel nicht bestehen kann (Z. XVI. p. 402/3).

Cf. Art. 197 und 198 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes.

§ 725. Das Erläuterungsgesuch ist schriftlich einzureichen. In demselben sind die mangelhaften Stellen wörtlich anzuführen, und es ist die verlangte Wortfassung bestimmt und genau zu beantragen.

§ 726. Das Gesuch wird dem Gegner zur Beantwortung binnen einer angemessenen Frist unter der Androhung mitgetheilt, daß Stillschweigen als Einverständniß angesehen werde.

Mündliche Verhandlung und Weiterziehung ist nicht zulässig.

§ 727. Das Gericht bestimmt in jedem einzelnen Falle, inwiefern die Vollziehung des Urtheils mit Rücksicht auf die verlangte Erläuterung zu sistiren sei.

§ 728. Schreibfehler, Rechnungsirrthümer und irrige Benennungen der Parteien können im Einverständniß mit dem Präsidenten durch die Gerichtskanzlei berichtigt werden.

F. Beschwerde.

§ 729. Beschwerden gegen Gerichtsbehörden und andere unter Aufsicht der Gerichte stehende Beamte über Verweigerung oder Verzögerung der Rechtspflege, oder über Verfügungen, welche sich nicht auf eine streitige Sache beziehen, sowie Beschwerden dritter, an einem Rechtsstreite nicht als Partei betheiligter Personen (Vertreter, Zeugen, Sachverständiger u. s. f.) sind bei der zunächst übergeordneten Aufsichtsbehörde anzubringen.

Cf. §§ 245, 262, 318, 348 und 438.

Hieher gehören auch Beschwerden über unmotivirter Weise ertheilte Fristerstreckungen (Z. XIX. p. 347 und 363; XX. p. 380).

Ebenso sind Beschwerden über Ordnungsbußen der ersten Instanz lite pendente beim Obergerichte statthaft. Sie können aber auch mit der Appellationsverhandlung verbunden werden. Jene Maßregel hat als disziplinarische einen selbständigen Charakter. Die Verweigerung des Rekurses lite pendente würde zu unhaltbaren Resultaten führen und z. B. eine Partei, welche im Prozesse obsiegt, nöthigen, zur Anfechtung der Ordnungsbuße die Appellation zu erklären. Dies kann nicht der Wille des Gesetzgebers sein (Beschluß der Appellationskammer 1. Oktober 1881 Bidermann & Cie.). — Auch über die Verhängung einer Buße durch den bezirksgerichtlichen Instruktionsrichter kann direkt bei der Appellationskammer Beschwerde geführt werden (Appellationskammer Brunner 14. Juni 1879).

§ 730. Die Beschwerde ist schriftlich zu erheben.

Ist dieselbe gegen einen bestimmten Erlaß gerichtet, welcher mitgetheilt worden ist, so ist sie innerhalb zehn Tagen einzureichen.

In allen andern Fällen ist sie so lange zulässig, als ein rechtliches Interesse für den Beschwerdeführer vorhanden ist.

Wie wenn die Beschwerde gedruckt ist? Ich denke, darüber können sich die Richter nicht beschweren, zumal wenn zur Druckschrift ein Begleitschreiben beigelegt wurde (Obergericht Bölsterli 20. Mai 1880).

§ 731. Wenn die Beschwerde nicht sofort als grundlos erscheint, so ist dieselbe dem betreffenden Gerichte, Richter oder Beamten zur schriftlichen Berichterstattung mitzutheilen.

Für solche Beschwerden sind Staatsgebühren nicht vorgesehen (Beschluß der Appellationskammer Winkler 18. März 1879).

VI. Abschnitt.

Schiedsgerichte.

§ 732. Die Parteien können die Beurtheilung von Zivilstreitigkeiten, über welche ihnen das freie Verfügungsrecht zusteht, vertragsmäßigen Gerichten übertragen. Die Verpflichtung zur Bestellung eines Schiedsgerichtes kann jedoch nur durch Urkunden bewiesen werden.

§ 732 drückt sich genauer aus als die zürcherische Verfassung (Art. 58) es thut: Vertragsmäßige Schiedsgerichte sind zulässig.

Die Vereinbarung von Schiedsgerichten ist da nicht gestattet, wo das jus publicum ein entscheidendes Wort spricht z. B. in Fragen über Gültigkeit und Fortbestand der Ehe, über solche der Vaterschaft, Bevogtigung etc. Auch das ganze Strafrecht, so weit es von Staateswegen zu handhaben ist, bleibt natürlich den Schiedsgerichten entrückt.

Das Institut der Schiedsgerichte sollte möglichst wenig angewendet werden. Die Schiedsrichter fühlen sich regelmäßig als Vertreter einer Partei, wie denn auch ihre ganze Autorität nur von den Parteien herstammt. Daher bieten die Schiedsgerichte keine Gewähr für eine solide Justiz wohl aber für das Gegentheil. Anstatt das Verfahren abzukürzen, gerathen sie überdies häufig in den ärgsten Schlendrian.

Eine spezifisch verfehlte Idee von Schiedsgerichten ist im kantonalen Gesetze betreffend Maßnahmen gegen die Reblaus (§ 27, angenommen 13. Juni 1881) eingeführt worden.

Die Vereinbarung eines Schiedsgerichts hindert nicht das summarische Verfahren zu betreten. Es kann also trotzdem in liquiden Fällen Rechtsöffnung nachgesucht werden (Z. II. p. 408/9 und R.-B. 1875, p. 100).

Daraus, daß über die Bestellung eines Schiedsgerichtes ein schriftlicher Vertrag besteht, folgt nicht, daß auch die Aufhebung nur schriftlich vereinbart werden könne (Oberger. Beschluß Kündig 7. Juni 1877).

§ 733. Jede Partei hat gleich viele Schiedsrichter zu bezeichnen.

Cf. Z. IV. p. 248/9. — Von den Schiedsrichtern sind die Experten und Taxatoren (arbitri und arbitratores) zu unterscheiden, welche auch vertraglich vereinbart werden können (cf. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts III. p. 74, XVI. p. 430, XVIII. p. 345).

§ 734. Soweit die Parteien nicht etwas Anderes festsetzen, gelten über die Ernennung des Schiedsgerichtes, seine Befugnisse und sein Verfahren folgende Regeln:

1. Jede Partei wählt einen Schiedsrichter und diese bezeichnen den Obmann. Weigert sich eine Partei, einen Schiedsrichter zu bezeichnen, oder können sich die Schiedsrichter über den Obmann nicht verständigen, so steht die Wahl dem Bezirksgerichte zu, welchem der Beklagte unterworfen wäre;

2. als Schiedsrichter sind nur handlungsfähige Personen wählbar, welche sich im Vollgenusse ihrer bürgerlichen Rechte befinden;
3. für Ablehnung der Schiedsrichter gelten die gleichen Grundsätze, wie für die ordentlichen Gerichte. Rekusationsgesuche sind bei dem zuständigen Bezirksgerichte anzubringen (Ziff. 1);
4. das Prozeßverfahren wird unter Vorbehalt der §§ 735 u. ff. durch das Schiedsgericht bestimmt;
5. in materieller Beziehung hat das Schiedsgericht gemäß dem bestehenden Rechte zu entscheiden;
6. kann eine Mehrheit nicht erzielt werden, so gibt der Obmann den Rechtsspruch nach seiner Ueberzeugung.

Die elementarsten Prinzipien des Zivilprozesses sollen auch bei den Schiedsgerichten respektirt werden. Willkür ist nicht gestattet.

§ 735. Auch vor Schiedsgericht darf keiner Partei das rechtliche Gehör verweigert werden.

§ 736. Die Schiedsgerichte dürfen weder Eide abnehmen, noch irgend welche Strafen verhängen. Bedürfen sie zur Herbeischaffung von Beweismitteln (Vorladung von Zeugen u. s. w.) amtlicher Mithülfe, so haben sie sich an das zuständige Bezirksgericht (§ 734, Ziff. 1) zu wenden.

§ 737. Das Urtheil muß in Gegenwart sämmtlicher Richter ausgefällt, in Schrift verfaßt, von den Schiedsrichtern unterzeichnet und sofern die Parteien nichts Anderes bestimmt haben, auch motivirt werden; jedoch hindert die Weigerung einer Minderheit des Schiedsgerichtes, das Urtheil zu unterzeichnen, die Vollstreckbarkeit desselben nicht.

Eine beglaubigte Abschrift des Urtheils ist nebst den sachbezüglichen Akten durch den Obmann des Schiedsgerichtes der zuständigen Bezirksgerichtskanzlei zur Aufbewahrung zu übergeben.

Cf. § 707.2.

§ 738. Gegen schiedsgerichtliche Erkenntnisse sind in der Regel bloß die Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde, des Wiederstellungsgesuches und der Erläuterung zulässig, und es finden in dieser Beziehung die §§ 704—728 analoge Anwendung. Die Vollstreckung der Schiedssprüche richtet sich nach den Vorschriften der §§ 741 u. ff.

Die Schiedsgerichte müssen sich genau im Rahmen der ihnen übertragenen Befugnisse bewegen.

§ 739. Kann das Schiedsgericht zur Behandlung eines kassirten Urtheils (§ 712) oder eines Gesuches um Revision oder Erläuterung oder um Festsetzung der Entschädigungssumme

für eine nicht erfüllte Leistung (§ 746) aus irgend einem Grunde nicht mehr versammelt werden, so sind diesfällige Klagen und Gesuche, sofern sich die Parteien nicht über ein neues Schiedsgericht verständigen, bei den zuständigen ordentlichen Gerichten anzubringen.

§ 740. Weigert sich ein Schiedsrichter, einen übernommenen Auftrag zu erfüllen, oder ist er in der Erfüllung desselben säumig, so kann er auf Begehren des Obmanns oder einer Partei durch das Bezirksgericht mit Ordnungsbuße belegt werden.

Ueberdies haftet er den Parteien für allen aus seiner Weigerung entstehenden Schaden.

Die Schiedsrichter haften nach Analogie der ordentlichen Richter den Parteien für Dolus und Kulpa (cf. § 1852 des Zivilgesetzes).

Kann ein Schiedsrichter, der sein Mandat niedergelegt hat, gezwungen werden, seine Funktionen weiter auszuüben? Das Obergericht des Kantons Thurgau verneint diese Frage und drückt sich (R.-B. 1880, p. 35/36 dahin aus:

Die Litiganten hatten durch Vertrag die Entscheidung eines zwischen ihnen obschwebenden Grenzregulirungsstreites einem Schiedsgericht übertragen, welches auch die Sache entschied. Eine Partei gab gegen diesen Schiedsspruch ein Revisionsgesuch ein, der Obmann und einer der beiden Schiedsrichter lehnten aber ab, weiter in Sachen zu funktioniren und auf eine Ergänzung des Schiedsgerichtes konnten sich die Parteien nicht einigen. Der Revisionsbewerber verlangte, daß nunmehr die ordentlichen Gerichte sein Revisionsgesuch entscheiden sollten und das Obergericht fand dieses Begehren begründet. Wenn es auch für eine sichere Rechtssprechung in hohem Maße ungeeignet erscheint, daß eine ganz andere Gerichtsbehörde eine Revisionsklage beurtheilen muß, als diejenige, welche das angefochtene Urtheil erlassen hat und es für die ordentlichen Gerichte nicht angenehm sein kann, einen Prozeß in diesem Stadium zur Beurtheilung übernehmen zu müssen, so besteht eben nach § 279 Schlußlemma der Z. P. O. die gesetzliche Pflicht hiezu, wenn ein Schiedsgericht nicht mehr zusammenberufen werden kann und dessen nothwendige Ergänzung nicht möglich ist. Es erklären zwei von den drei Richtern, daß sie nicht mehr amten wollen und das Obergericht hält einen Zwang hiezu weder für zuläßig noch überhaupt möglich. Im Gesetze finden sich hiefür keine Anhaltspunkte, denn es läßt sich der § 280 der Z. P. O., welcher Bestimmungen über das Vorgehen gegen säumige Schiedsrichter enthält, nicht auf den Fall der Niederlegung des Mandates anwenden, weil Jemand, der ein Amt abgelehnt hat, in dessen Ausübung nicht mehr säumig sein kann. Ein Verbot während der Pendenz eines Prozesses das Schiedsrichtermandat niederzulegen, besteht nicht und läßt sich weder aus den Grundsätzen über das Mandat im Allgemeinen noch aus der quasi-amtlichen Stellung des Schiedsrichters herleiten. Das thurgauische Gesetz betreffend die Wahl und Entlassung von Beamten vom 3. April 1870 bestimmt in § 28 im Gegensatz zum frühern Wahlgesetz vom 14. April 1832, daß jeder kantonale und Bezirksbeamte seine Entlassung verlangen kann, ohne daß dieselbe von der Gewährung des Wahlkörpers abhängig ist.

VII. Abschnitt.

Vollstreckung.

§ **741.** Ein Erkenntniß oder eine Verfügung, wodurch der obsiegenden Partei eine bestimmte fällige Geldsumme zugesprochen wird, kann nach beschrittener Rechtskraft auf dem Wege der Schuldbetreibung in Vollziehung gesetzt werden.

Der Exekution eines Urtheils muß diejenige Ausfertigung desselben zu Grunde gelegt werden, die der Partei, gegen welche die Exekution verlangt wird, zugestellt worden ist; denn auf diese Ausfertigung hin ergreift oder unterläßt die betreffende Partei ihre Rechtsmittel. Wenn nun später ein Passus gegen sie geltend gemacht werden könnte, von dem sie keine Kenntniß erhalten hat, so wäre sie faktisch um die ihr gesetzlich zustehenden Rechtsmittel gebracht. Es müssen ihr daher in einem solchen Falle, selbst wenn es sich herausstellt, daß ihre Ausfertigung unrichtig ist, erst noch die Mittel zur Anfechtung der in derselben fehlenden Bestimmungen geboten werden (Ullmer's Supplement Nr. 2682.1).

Ich verweise im Uebrigen auf meine Abhandlung in Z. für schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege V. p. 107 ff.). — „Ein von kompetenter Stelle gefälltes gerichtliches Urtheil kann weder von der gesetzgebenden noch von der administrativen Gewalt aufgehoben oder abgeändert werden" (Art. 56 der zürcherischen Verfassung).

§ **742.** Erkenntnisse, welche sich nicht zur Vollziehung durch den Rechtstrieb eignen, werden in der Regel auf dem Wege des Befehlsverfahrens (§§ 577 u. ff.) vollzogen.

§ **743.** Wurde auf Theilung eines Gegenstandes oder auf Grenzscheidung erkannt, so bezeichnet der Bezirksgerichtspräsident auf Verlangen einer Partei je nach den Umständen einen oder mehrere Sachverständige, unter deren Leitung, nöthigenfalls im Beisein eines Gerichtsmitgliedes, die Theilung oder die Ausmarkung nach Inhalt des Erkenntnisses vorgenommen wird.

§ **744.** Ist der Verurtheilte zu einer persönlichen Leistung verpflichtet, so setzt der Gerichtspräsident demselben auf Verlangen eine möglichst kurze Frist zur Erfüllung derselben an.

Wird dem Befehle innerhalb der angesetzten Frist entweder gar nicht oder nur unvollständig Folge geleistet, so ordnet der Gerichtspräsident auf Begehren des Berechtigten die vollständige Verrichtung der fraglichen Leistungen durch einen Dritten auf Kosten des Verurtheilten an.

§ **745.** Zur Herausgabe beweglicher Sachen bestimmt der Gerichtspräsident dem Pflichtigen auf Verlangen des Berechtigten eine kurze Frist und läßt nach fruchtlosem Ablaufe derselben die betreffenden Sachen mit Zwang wegnehmen und dem Letztern gegen Empfangschein einhändigen.

§ 746. Ist die gehörige Erfüllung einer persönlichen Leistung oder die Herausgabe einer beweglichen Sache auf dem in den §§ 744 und 745 vorgeschriebenen Wege nicht erzwingbar, so kann der Berechtigte hiefür den Geldwerth ansprechen und, sofern der Beklagte nicht schon eventuell durch das Gericht in denselben verurtheilt wurde, von dem Gerichtspräsidenten die vorläufige Taxation desselben in einer fixen Summe verlangen.

Für diese Summe kann der Berechtigte sofort den Rechtstrieb anheben; eine Versilberung der Pfänder, sowie die Eröffnung des Auffalls ist aber jeweilen nur für den unbestrittenen oder gerichtlich anerkannten Theil der Forderung zulässig.

Es wird unter Umständen schwierig festzustellen, wann eine Leistung „erzwingbar" ist. Cf. meine Abhandlung (in Goldschmidt's Zeitschr. für Handelsrecht XXIV. p. 339—386, speziell p. 373 ff.) betreffend die Exequirbarkeit der Verpflichtung eine Eisenbahn zu bauen.

§ 747. Gegen die Taxation des Gerichtspräsidenten steht den Parteien kein Rechtsmittel zu. Dagegen kann jede Partei innerhalb zehn Tagen, von der Mittheilung derselben an, dem Gerichte, welches den Streit in erster Instanz oder endlich beurtheilt hat, ein schriftliches Begehren um definitive Festsetzung der Entschädigungssumme einreichen. Stillschweigen während dieser Frist gilt als Anerkennung der vorläufigen Taxation.

§ 748. Der Petent hat sich in seinem Gesuche bestimmt darüber auszusprechen, wie hoch nach seinem Dafürhalten die Entschädigungssumme festzusetzen sei und hiefür die thatsächlichen Momente genau anzugeben und die Beweismittel bei Vermeidung des Ausschlusses beizubringen oder, soweit dies nicht möglich ist, genau zu bezeichnen.

§ 749. Das Gericht theilt das Gesuch der Gegenparte zur Beantwortung mit und ordnet nöthigenfalls ein Beweisverfahren mit mündlicher Schlußverhandlung an.

Der Entscheid in der Sache selbst erfolgt durch bloßen Beschluß, gegen welchen der Rekurs zulässig ist.

§ 750. Der Verurtheilte ist verpflichtet, dem Obsiegenden alle über die Vollstreckung ergangenen Kosten zu ersetzen.

§ 751. Die §§ 741—745 und 750 finden auch auf die rechtskräftigen Zivilurtheile außerkantonaler schweizerischer Gerichte Anwendung.

Wird die Rechtskraft bestritten, so entscheidet hierüber der Bezirksgerichtspräsident unter Vorbehalt des Rekurses.

Vorbehalten bleiben die besondern Vorschriften über Vollziehung der bundesgerichtlichen Urtheile (§§ 187 u. ff. des Bundesgesetzes über das Verfahren beim Bundesgerichte).

§ 752. Für den Vollzug ausländischer Zivilurtheile sind die Vorschriften der betreffenden Staatsverträge, wo solche bestehen, maßgebend.

Urtheilen aus Staaten, mit welchen keine Staatsverträge bestehen, kann zwar der hierseitige Richter nach freier Würdigung aller Verhältnisse Vollziehung gewähren, unter allen Umständen aber nur dann, wenn das fragliche Urtheil unzweifelhaft rechtskräftig und von einem Richter ausgefällt ist, welcher an sich kompetent war und dessen Kompetenz auch nicht durch die hierseitige Gesetzgebung ausgeschlossen wird.

Cf. ad § 124 u. § 224. — Es besteht ein Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich von 1869 (Off. eidgen. S. IX. p. 1002) und zwischen dem Großherzogthum Baden und dem Kanton Aargau (Off. eidgen. S. IX. p. 185). Es ist auf Curti: Der Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich, ferner Fœlix: Droit international II. Nr. 342 zu verweisen. Elsaß-Lothringen steht natürlich nicht mehr unter dem französischen Staatsvertrage (Bundesblatt 1881 II. p. 660/1). Cf. auch Bundesblatt 1880 II. p. 596 Ziffer 21.

Die Relativität der Exequirbarkeit auswärtiger Urtheile ist ein unhaltbarer Rechtszustand. Das internationale Recht hat hier eine große Mission zu erfüllen. Hoffentlich wird die Aufgabe bald an Hand genommen. Es ist wahrlich eine überaus bemühende Erscheinung, daß die zivilisirten Staaten noch nicht zusammengetreten sind, um in gemeinsamen und gleichen Satzungen festzustellen, nach welchen Grundsätzen die von ihren Richtern gefällten Urtheile allgemein anerkannt werden. Diese Aufgabe muß nun endlich auch von den Staaten an die Hand genommen werden. Ich habe darauf schon am Juristentage in Genf (Protokoll der XVI. Jahresversammlung p. 79/80) hingewiesen. Die in Aussicht stehende Revision des Staatsvertrages mit Frankreich (cf. das eben zitirte Protokoll p. 39—83) wird hoffentlich den Anlaß bieten, um diese vertraglichen Beziehungen auch auf andere zivilisirte Staaten auszudehnen. Neben den zitirten Staatsverträgen zwischen Frankreich und der Schweiz und dem Großherzogthum Baden und dem Kanton Aargau bestehen Spezialvereinbarungen mit folgenden Staaten:

1. mit Italien (Niederlassungs- und Konsularvertrag Off. eidgen. S. IX. p. 706);
2. mit Brasilien (betreffend das Konsulatswesen 1878);
3. mit Nordamerika (Off. eidgen. S. V. p. 201);
4. mit dem Großherzogthum Baden (betreffend die gegenseitigen Bedingungen über Freizügigkeit und weitere nachbarliche Verhältnisse 1856).

   Nota. Die Bestimmungen dieses Vertrages über Freizügigkeit und Militärdienst sind aufgehoben durch den mit dem deutschen Reiche abgeschlossenen Niederlassungsvertrag vom 27. April 1876. In Kraft sind aber noch Art. 5 und 6 (Gerichtsstand in Erbrechtsstreitigkeiten). Cf. diesfalls ad § 224.

Speziell die zürcherischen Gerichte ignoriren nicht leicht ein auswärtiges Urtheil, wenn es sich wenigstens ergibt, daß die formellen und materiellen Requisite eines gehörigen Rechtsganges erfüllt worden sind (R.-B. 1877, Nr. 53).

Jene Spezialvereinbarungen sollten den Gedanken einer weitern Ausdehnung des internationalen Rechtes in hohem Grade unterstützen.

Schlußbemerkung.

Mit dem Gesagten ist die Gerichtsverfassung, der allgemeine Theil und die Zivilprozeßordnung des Kantons Zürich kurz und, wie ich hoffe, auf praktische Weise kommentirt. Die Hauptsache ist und bleibt aber bei aller Thätigkeit im Prozesse, daß rechtschaffene, ehrbare und wissenschaftlich gebildete sowie praktisch versierte Personen, sei es als Richter, sei es als Parteivertreter mitwirken. Das beste Recht kann untergehen, wenn die Rechtschaffenheit es nicht beschützt. Richter und Advokaten haben darnach die eine und gleiche Mission: dem Rechte zum Rechte zu verhelfen. Der Weg ist verschieden, aber das Ziel ist das gleiche. Die Grundlage für die Thätigkeit Beider ist das Gesetz, die Rechtlichkeit der Gesinnung und der Wille, mit starkem Arme der Gerechtigkeit zu dienen. Wer bewußt dem Unrechte hilft, macht sich zum Thäter desselben.

Anhang I.

Die obergerichtliche Verordnung

zum

Gesetze betreffend die zürcherische Rechtspflege

vom 19. Christmonat 1874.

I. Friedensrichter.

§ 1. Wenn in Zivilstreitigkeiten, deren Entscheidung dem Friedensrichter zusteht, beim ersten Vorstande vom Friedensrichter oder von einer Partei die Beiziehung von Geschwornen verlangt wird (§§ 78 und 449 d. Ges.), so loost der Friedensrichter sofort in Gegenwart beider Parteien aus der Liste der Geschwornen des Wahlkreises, welchem seine Gemeinde angehört, sechs Namen aus.

§ 2. Jede Partei ist berechtigt, zwei dieser sechs Geschwornen ohne Angabe von Gründen zu rekusiren; weitere Ablehnungen dürfen nur aus den gesetzlichen Gründen (§§ 126 und 127 d. Ges.) erfolgen.

§ 3. Bleiben hiernach mehr als zwei der ausgeloosten sechs Geschwornen übrig, so sind die zwei zuerst ausgeloosten als Beisitzer zuzuziehen.

Bleiben hingegen weniger als zwei, so schreitet der Friedensrichter zu den weitern nöthigen Ausloosungen aus der Gesammtliste.

§ 4. Wird ein Ausstandsbegehren streitig, so entscheidet darüber der Friedensrichter. Will eine Partei über seinen Entscheid Beschwerde führen, so hat sie das sofort zu Protokoll zu erklären, und der Friedensrichter wird sodann das weitere Verfahren sistiren bis nach Erledigung der Beschwerde.

§ 5. Sollte wegen Unfähigkeit der Geschwornen oder in Folge von Ablehnungen die Gesammtliste derselben unter die Zahl zwei sinken, so sind zur weitern Ausloosung die Namen der ohne Angabe eines Grundes Abgelehnten wieder beizuziehen.

Kann auch so die Liste nicht wieder auf die Zahl von mindestens zwei gebracht werden, so wird auf Ansuchen des Friedensrichters das Bezirksgericht denjenigen Wahlkreis, beziehungsweise diejenige Gemeinde eines benachbarten Wahlkreises bezeichnen, deren Geschworne der Friedensrichter zur Aushülfe beizuziehen hat.

§ 6. Der Friedensrichter soll sich von den ausgeloosten Beisitzern den Empfang der Vorladung zur Hauptverhandlung (§ 452 d. Ges.) bescheinigen lassen.

§ 7. Von einem allfälligen Ausstandsbegehren seinerseits (§ 132 d. Ges.) oder einem Abhaltungsgrunde hat der Geschworne dem Friedensrichter ungesäumt Kenntniß zu geben.

§ 8. Zu einer Ergänzungsausloosung in Folge eines begründeten Ausstandsbegehrens eines Geschwornen oder einer genügend entschuldigten Verhinderung eines solchen, welcher nicht durch andere Vertagung

Rechnung getragen werden kann, oder endlich in Folge einer begründeten nachträglichen (nach dem ersten Vorstande erfolgten) Ablehnung brauchen die Parteien nicht zugezogen zu werden; dagegen ist ihnen von dem Resultate derselben Mittheilung zu machen.

§ 9. Erscheint ein Geschworner ohne genügende Entschuldigung nicht vor Ablauf einer Stunde nach dem zur Verhandlung angesetzten Termine, so hat ihm der Friedensrichter eine Ordnungsbuße von 5 Fr. und auf Begehren der Parteien eine Entschädigung an diese bis auf den Betrag von je 5 Fr. aufzulegen.

Erscheint derselbe Geschworne auch bei einer neu anzuordnenden Verhandlung nicht, so kann die Ordnungsbuße bis auf das Maximum von 15 Fr. gesteigert werden und können die Parteien die Bezeichnung eines neuen Geschwornen verlangen.

§ 10. Die Namen derjenigen Geschwornen, welche als Beisitzer in einem Falle mitwirken, werden vom Friedensrichter auf der Geschwornenliste gestrichen und auf einer neuen Liste in der chronologischen Reihenfolge ihrer Mitwirkung aufgetragen.

Bei den weitern Ausloosungen sind sodann nur die nicht gestrichenen Namen der ursprünglichen Liste zu berücksichtigen, die Namen der auf der neuen Liste Stehenden dagegen nur so weit als es nöthig ist, damit die Ausloosungen immer aus der dreifachen Zahl der Auszuloosenden stattfinden kann.

Wird ein auf der neuen Liste stehender Geschworner zur Mitwirkung berufen, so wird sein Name auf derselben oben gestrichen und unten neu aufgetragen.

§ 11. Der Friedensrichter hat zu führen

a) ein Geschäftsverzeichniß und

b) ein Protokoll;

überdies hat er für jeden seiner Beurtheilung unterliegenden Prozeß ein Protokollheft anzulegen. (§§ 296 und 458 d. Ges.)

§ 12. Das Geschäftsverzeichniß und das Protokoll sind in Folio-Format anzulegen und vor dem Gebrauche einzubinden.

Das Geschäftsverzeichniß ist nach dem in der Beilage enthaltenen Formulare einzurichten.

§ 13. Die Klagen sind sofort nach ihrem Eingange chronologisch in das Geschäftsverzeichniß einzutragen und es sind diese Einträge mit Ordnungsnummern zu versehen, welche jedes Jahr mit Eins beginnen.

§ 14. In das Protokoll sind bloß die Geschäftserledigungen, nämlich Abstandserklärungen, Vergleiche, Weisungen, Abschreibungen und Erkenntnisse, sowie Verfügungen betreffend Verhängung von Ordnungsbußen einzutragen.

§ 15. Die Einträge in das Protokoll sind chronologisch, in der Reihenfolge der Erledigung zu machen und oben am Rande mit fortlaufenden, jedes Jahr mit Eins beginnenden Protokollnummern zu versehen; am Schlusse der Einträge ist auch die Ordnungsnummer des Geschäftsverzeichnisses in Parenthese beizufügen.

§ 16. Wenn im Protokoll Korrekturen unvermeidlich sind, so sollen sie am Rande angebracht werden und bei Einträgen, welche die Unterschriften der Parteien erheischen, von diesen, in allen übrigen Fällen dagegen vom Friedensrichter unterzeichnet werden.

§ 17. Ueber das Protokoll hat der Friedensrichter ein alphabetisches Register anzulegen, und es sollen die Namen beider Parteien in dasselbe aufgenommen werden. Das Register ist fortwährend nachgeführt zu halten.

§ 18. Die Belege zu den im Sühnverfahren erledigten Geschäften (§ 296 d. Ges.) sowohl als die Akten der erledigten Prozesse sind mit der

Protokollnummer des Geschäftes zu überschreiben und für jedes Jahr getrennt aufzubewahren.

§ 19. Der Friedensrichter ist verpflichtet, in den Vorladungen die Parteien auf die Vorschriften der §§ 300 und 333 d. Ges. betreffend erschöpfende Verhandlung der Streitsache und Vorlegung von Beweismitteln aufmerksam zu machen.

§ 20. Die Erkenntnisse der Friedensrichter sind nach dem in den Beilagen enthaltenen Beispiele abzufassen.

§ 21. In Fällen, in welchen Geschworne mitgewirkt haben, soll der Friedensrichter die Spruchgebühr innerhalb zweier Monate nach Erlaß des Erkenntnisses, nöthigenfalls durch den Rechtstrieb, einfordern und unverzüglich den Geschwornen ihren Antheil daran abliefern.

§ 22. Von Ordnungsbußen, welche der Friedensrichter wegen unentschuldigten Ausbleibens oder wegen sonstigen ordnungswidrigen Verhaltens eines Geschwornen oder einer Partei verhängt, hat derselbe nach Ablauf der Rekursfrist sofort dem Armengutsverwalter seiner Gemeinde zum Behufe des Bezuges Mittheilung zu machen.

§ 23. Die tabellarische Uebersicht der Friedensrichter über ihre Verrichtungen (§ 17 d. Ges.) ist alljährlich im Jenner dem Bezirksgerichte einzureichen und zerfällt in

a) eine summarische Uebersicht der Verrichtungen im Sühnverfahren, und
b) eine tabellarische Zusammenstellung der im Laufe des Jahres behandelten Zivilprozesse.

Die betreffenden Formulare können von den Friedensrichtern auf der Bezirksgerichtskanzlei bezogen werden.

II. Bezirksgerichte.

§ 24. Die in § 80 des Gesetzes vorgeschriebene Kehrordnung für die Mitwirkung der Mitglieder des Bezirksgerichtes bei dem ordentlichen Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten ist von jedem Bezirksgerichte zum Voraus je für ein Jahr in der Weise festzustellen, daß alle Mitglieder gleichmäßig an die Reihe kommen.

§ 25. Soweit bei den Bezirksgerichten die Mitwirkung von Ersatzmännern nöthig wird, sind hiezu die Friedensrichter des Bezirkes in der alphabetischen Reihenfolge der Gemeinden einzuberufen.

§ 26. Die von den Bezirksgerichtsschreibern gemäß § 24 d. Ges. zu leistenden Kautionen werden folgendermaßen festgesetzt:

Für Zürich auf Fr. 12,000, für Winterthur auf Fr. 10,000, für Hinweil auf Fr. 9000, für Horgen, Meilen, Uster, Pfäffikon und Bülach auf Fr. 8000, für Andelfingen und Dielsdorf auf Fr. 7000 und für Affoltern auf Fr. 6000.

§ 27. Die Bezirksgerichtspräsidenten führen folgende Geschäftsverzeichnisse:

1. über die bei den Bezirksgerichten anhängig gemachten Zivilprozesse, mit Inbegriff der Kassations-, Revisions- und Erläuterungsgesuche;
2. über die bei ihnen selbst anhängig gemachten, beziehungsweise aus dem summarischen in das ordentliche Verfahren hinübergeleiteten Zivilprozesse;
3. über die an das Bezirksgericht gelangenden Strafprozesse.

Die Konkursrichter führen das in § 13 der Verordnung zum Konkursgesetze vom 6. Dezember 1871 vorgeschriebene Geschäftsverzeichniß.

Jedes einlangende Geschäft ist sofort nach dessen Eingang in das betreffende Geschäftsverzeichniß einzutragen, und diese Einträge sind mit fortlaufenden Ordnungsnummern zu versehen, welche jedes Jahr mit Eins beginnen.

§ 28. Die Bezirksgerichtskanzleien führen, abgesehen von den für jeden einzelnen Zivil- und Strafprozeß anzulegenden besondern Protokollheften, folgende Protokolle:

1. Ein Spruchbuch des Bezirksgerichtes über Urtheile und Erledigungsbeschlüsse in Zivilprozessen; die Führung getrennter Spruchbücher für die gewöhnlichen Zivilprozesse und solche mit schriftlichem Vorverfahren einerseits und Ehescheidungs-, Vaterschafts- und Bevogtigungsprozesse anderseits ist gestattet;
2. Ein Spruchbuch des Bezirksgerichtes über Urtheile und Erledigungsbeschlüsse in Strafprozessen;
3. Ein Beschlußprotokoll des Bezirksgerichtes über alle übrigen, durch das Bezirksgericht gemäß §§ 88—90 zu erlassenden Beschlüsse 2c.;
4. Ein Spruchbuch des Gerichtspräsidenten über dessen Urtheile und Erledigungsbeschlüsse in ordentlichen Zivilstreitigkeiten;
5. Ein Spruchbuch des Konkursrichters über dessen Erkenntnisse und Erledigungsbeschlüsse in Auffallsstreitigkeiten;
6. Ein Audienzprotokoll des Gerichtspräsidenten über dessen Verfügungen im summarischen Verfahren. In diesem Protokolle sind auch alle übrigen Verrichtungen kurz zu notiren, für welche der Gerichtspräsident eine Staatsgebühr zu beziehen hat.

§ 29. Wenn gegen Urtheile, Beschlüsse oder Verfügungen ein Rechtsmittel ergriffen worden ist, so sind die darauf erfolgten Erkenntnisse und Beschlüsse ihrem Inhalte nach (regelmäßig nur in den Dispositiven) in dem betreffenden Protokoll vorzumerken.

§ 30. Die Urtheile der Bezirksgerichte, der Gerichtspräsidenten und Konkursrichter sind nach den in der Beilage enthaltenen Formularen abzufassen. In einfachen Fällen und wo es zur Abkürzung dient, können die Bezirksgerichte auch das für den Gerichtspräsidenten vorgeschriebene Formular zur Anwendung bringen.

§ 31. Sowohl bei der mündlichen Eröffnung als bei der schriftlichen Mittheilung von Erkenntnissen und Beschlüssen ist den Parteien anzuzeigen, ob gegen dieselben ein ordentliches Rechtsmittel zuläßig sei, welche Frist dafür offen stehe und von welchem Tage an dieselbe zu laufen beginne.

§ 32. Ueber die Akten derjenigen Geschäfte, welche in die oben § 28 Ziff. 1, 2 und 4 bezeichneten Spruchbücher einzutragen sind, führt die Bezirksgerichtskanzlei besondere Generalregister, und zwar chronologisch nach dem Datum der Erledigung der Geschäfte.

Die Aktenfaszikel werden mit der entsprechenden Ordnungsnummer des Generalregisters bezeichnet und demgemäß im Archiv aufbewahrt.

Die Führung von Generalregistern über die Akten aller übrigen Geschäfte wird nicht verlangt. Diese Akten werden lediglich mit den Namen der Parteien und der Hinweisung auf den entsprechenden Protokolleintrag bezeichnet und in dieser Reihenfolge aufbewahrt.

§ 33. Die Bezirksgerichte haben je einmal im Laufe eines Jahres die gesammte Geschäftsführung der Friedensrichter an Ort und Stelle durch Abordnungen untersuchen zu lassen und ihnen die erforderlichen Anleitungen zu ertheilen.

§ 34. Behufs Beaufsichtigung der Bezirksgerichte, der Gerichtspräsidenten und Konkursrichter bezüglich der von ihnen zu behandelnden Zivil- und Strafprozesse und Auffallsstreitigkeiten sind dem Obergerichte je zu Anfang der Monate Juli und Jenner die durch die Verordnung vom 28. November 1871 vorgeschriebenen Uebersichtstabellen über die mit dem Schlusse des abgelaufenen Halbjahres noch anhängigen Geschäfte einzusenden. In die Tabelle über die Zivilprozesse sind nunmehr auch die bei

den Gerichtspräsidenten jeweilen noch anhängigen Prozesse am Schlusse besonders aufzunehmen.

Im Uebrigen wird das Obergericht alle drei Jahre die Geschäftsführung der Bezirksgerichtskanzleien durch Kommissionen untersuchen lassen.

§ 35. Für die Jahresberichterstattung sind die Vorschriften des Reglementes betreffend die Rechtsstatistik vom 13. Februar 1868 auch ferner maßgebend.

Demgemäß haben die Bezirksgerichte dem Obergerichte einzusenden:

a) alle zwei Monate die Prozeßtabellen über die von ihnen erledigten Zivil- und Strafprozesse, die Prozeßtabellen über die von den Gerichtspräsidenten erledigten Zivilprozesse und die Prozeßtabellen über die von den Konkursrichtern erledigten Auffallsstreitigkeiten;
b) alljährlich summarische Uebersichten über die sämmtlichen von ihnen, den Gerichtspräsidenten und Konkursrichtern behandelten Geschäfte;
c) alljährlich die Gesammtübersichten über die Verrichtungen der Friedensrichter und Gemeindammänner ihres Bezirkes;
d) eine Abschrift des Ergebnisses der bezirksgerichtlichen Visitationen über die Geschäftsführung der Notare, der Friedensrichter und Gemeindammänner ihres Bezirkes und der diesfalls gefaßten Beschlüsse und getroffenen Maßnahmen.

§ 36. Das Obergericht wird fortwährend auf seiner Kanzlei den nöthigen Vorrath von Formularen bereit halten:

a) für die sämmtlichen von den Bezirksgerichten, den Gerichtspräsidenten und den Konkursrichtern zu führenden Geschäftsverzeichnisse;
b) für die durch die Gerichtskanzleien zu führenden Generalregister;
c) für sämmtliche von den Bezirksgerichtskanzleien im Auftrage des Gerichtes, des Gerichtspräsidenten und des Konkursrichters zu erlassenden Vorladungen;
d) für die sämmtlichen Prozeßtabellen;
e) für die von den Bezirksgerichtskanzleien anzufertigenden jährlichen summarischen und Gesammtübersichten, sowie auch für die summarischen Jahresübersichten über die Verrichtungen der Friedensrichter und Gemeindammänner;
f) für die von den Bezirksgerichtskanzleien zu führenden Rechnungsbücher und für die Jahresrechnung.

Die Bezirksgerichtskanzleien sind angewiesen, den nöthigen Bedarf jeweilen rechtzeitig von der Obergerichtskanzlei zu beziehen und den unter Aufsicht der Bezirksgerichte stehenden Beamten zuzustellen.

§ 37. Diese Verordnung ist in das Amtsblatt, Abtheilung Gesetze und Verordnungen, aufzunehmen, und in besonderen Abzügen den sämmtlichen richterlichen Beamten des Kantons zuzustellen.

Anhang II.

Formulare.

Beilage 1.

Geschäftsverzeichniß des Friedensrichteramtes . . . .
Angefangen den . . . .
Beendigt den . . . .

Nr.	Anhebung der Klage			Name und Wohnort der Parteien.	Streitgegenstand.	Vorladungen.			Zeitpunkt der Erledigung.			Art der Erledigung.	
	Jahr	Monat	Tag			Jahr	Monat	Tag	Jahr	Monat	Tag	Im Sühnverfahren.	Im Prozesse.
1.	1875	Jan.	24.	Hch. Imhof, Küfer, in Rorbas, Kläger Jb. Amsler in Freienstein, Beklagter	Forderungsstreit.	1875	Jan.	26.	1875	Febr.	4.	Vergleich.	
2.	„	Febr.	26.	H. Rheinwald in Tößrieden, Kläger Jb. Osterfinger in Oberteuffen, Bekl.	Wegrecht.	„	Febr. März	28. 8.	„	März	8.	Anerkennung der Klage durch den Beklagten.	
3.	„	März	17.	Elise Hitzig in Winterthur, Klägerin Rudolf Heimlicher, Schuster in Hinterteuffen, Beklagter	Vaterschaft.	„	März „	20. 26.	„	April	4.	Abstand von der Klage.	
4.	„	April	8.	Verena Vontobel, Ehefrau des Jak. Imthurn in Freienstein, Klägerin Jakob Illi, Krämer in Eglisau, Beklagter	Eigenthumsansprache an Pfändern für eine Forderung v. 210 Fr.	„	April	18.	„	April	20.	Weisung an das Bezirksgericht.	
5.	„	April	27.	Heinr. Kaspar von Embrach, Kläger Jakob Bornhauser in Freienstein, Beklagter	Forderung von 75 Fr.	„	Mai	3.	„	Mai	5.	Weisung an den Bezirksgerichtspräsidenten.	
6	„	Mai	5.	Adolf Sennhauser in Bülach, Kläger Heinr. Ettenhofer, Knecht im Schloß Teuffen, Beklagter	Forderung von 25 Fr.	„	Mai „	8. 15.	„	Mai	15.		Urtheil mit Beisitzern.
7.	„	Juni	1.	Meinrad Kunkler von Kloten, Kläger Heinr. Arnold in Hinterteuffen, Beklagter	Beschimpfung.	„	Juni	4.	„	Juni	6.	Weisung an das Bezirksgericht.	
8.	„	Juli	1.	Rudolf Wachter in Winterthur, Kaufmann, Kläger Felix Weber, Hausirer in Freienstein, Beklagter	Schadenersatz-Forderung von 48 Fr.	„	Juli „ „	5. 9. 13.	„	Juli	12.		Rückzug der Klage nach erfolgter Ausloosung der Beisitzer.

Beilage 2.

Beispiel eines friedensrichterlichen Erkenntnisses.

Der Friedensrichter
der politischen Gemeinde N.
hat am 12. Juli 1875
unter Mitwirkung der Geschwornen N. N. von N.
und X. X. von X.
in Sachen
des Otto Haller, Küfers von Brugg, wohnhaft in Baden, Klägers, vertreten durch den Rechtsanwalt N. N. in Baden,
gegen
Heinrich Wunderli, Wirth von Meilen, wohnhaft in Außersihl, Beklagten,
über die Streitfrage:

Ist der Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 19. 75 Rp., Restanz für am 17. April 1875 gelieferten Wein, zu bezahlen?

rechtskräftig erkennt:

1. Der Beklagte ist schuldig, dem Kläger Fr. 15 Restanz für am 17. April 1875 gelieferten Wein zu bezahlen; die Mehrforderung ist abgewiesen.
2. Der Beklagte hat die Kosten zu bezahlen. Die Spruchgebühr ist auf Fr. 4 festgesetzt, die Baarauslagen betragen für 4 Zitationen, Stempel und Ausfertigung dieses Urtheils zusammen Fr. 1. 60.
3. Dem Kläger wird eine Entschädigung für außergerichtliche Kosten und Umtriebe nicht zugesprochen.

Der Friedensrichter
N. N.

Dieses Urtheil ist dem Beklagten sofort mündlich eröffnet, dem Anwalt des Klägers auf dessen Begehren schriftlich mitgetheilt worden am 15. Juni 1875.

N.B. Im Protokoll haben auch die Beisitzer ihre Unterschrift beizusetzen.

Beilage 3.

Formular für ein Urtheil des Gerichtspräsidenten.

Der Präsident des Bezirksgerichtes N.
N. N.
hat unterm . . . . 18 . .
unter Mitwirkung der Bezirksrichter N. N. und X. X. als Beisitzer und des Gerichtschreibers N. N.
in Sachen
des N. N. . (auszufüllen nach § 485, Ziff. 2), Klägers, vertreten durch . . . .
gegen
N. N. . (auszufüllen nach § 485, Ziff. 2), Beklagten, vertreten durch . . . . .
betreffend . . . .
über die Streitfrage:

. . . .
. . . .

gestützt auf folgende Thatsachen und Rechtsgründe:

. . . .

erkennt:

1. Der Beklagte ist verpflichtet ꝛc. . . . . . .
2. Die Staatsgebühr wird auf Fr. . . festgesetzt. Die übrigen Kosten betragen Fr. . . , nämlich: . . . . (s. § 1192)
3. Der Beklagte hat die Kosten zu bezahlen.
4. Derselbe hat den Kläger für außergerichtliche Kosten und für Umtriebe im Ganzen mit Fr. . . zu entschädigen.
5. Dieses Urtheil, welches mit seiner Ausfällung rechtskräftig geworden ist, ist . . . . (s. § 193) . . . . . . gegen Empfangschein schriftlich mitzutheilen.

. . . .

. . . .

Dieses Formular ist mit den nothwendigen Abänderungen auch für die Erkenntnisse der Konkursrichter anzuwenden.

Beilage 4.

Formular für ein bezirksgerichtliches Zivilurtheil.

Das Bezirksgericht N.

hat

in seiner Sitzung vom . . . . . . 18 . , an welcher Theil nahmen die Bezirksrichter: A, Präsident, B, C, D und E, und der Gerichtsschreiber F,

in Sachen

des N. N. . (auszufüllen nach § 485, Ziff. 2), Klägers, vertreten durch Fürsprech X

gegen

N. N. . (auszufüllen nach § 485, Ziff. 2), Beklagten, vertreten durch . . . .

betreffend . . . .

über die Streitfrage:

. . . .

nachdem sich aus den Akten und aus den Verhandlungen ergeben:

(folgt die in § 485 Ziff. 4 vorgeschriebene Darstellung)

aus folgenden Gründen:

(folgen die Entscheidungsgründe)

erkennt:

1. Der Beklagte ist verpflichtet ꝛc. . . . . . .
2. Die Staatsgebühr wird auf Fr. . . festgesetzt, die übrigen Kosten betragen Fr. . . , nämlich: . . . . (s. § 1192).
3. Der Beklagte hat die Kosten zu bezahlen.
4. Derselbe hat den Kläger für außergerichtliche Kosten und für Umtriebe im Ganzen mit Fr. . . zu entschädigen.
5. Dieses Urtheil ist . . . (s. § 193) . . . gegen Empfangschein schriftlich mitzutheilen.
6. Die zehntägige Appellationsfrist läuft für den Kläger von . . . . . . , für den Beklagten von . . . . . an. (Tag der Eröffnung oder der schriftlichen Mittheilung § 664).

Beilage 5.

Formular für ein bezirksgerichtliches Strafurtheil.

Das Bezirksgericht N.

hat

in seiner Sitzung vom . . . . 18 . , an welcher Theil nahmen die Bezirksrichter: A, Präsident, B, C, D und E, und der Gerichtsschreiber F,

in Sachen

des Statthalteramtes N., Anklägers, bei der Hauptverhandlung vertreten durch . . . . . .

und des Geschädigten N. N., als Zivilpartei, bei der Hauptverhandlung vertreten durch . . . . . .

gegen

N. N. . (auszufüllen nach § 909, Ziff. 2), Angeklagten, bei der Hauptverhandlung verbeiständet mit . . . . . .

betreffend . . . .

über folgende Anklage . . . .
. . . .

auf Grundlage der Akten, der Parteiverhandlungen und folgender Schlußanträge: . . . .

aus folgenden Gründen:

. . . .
. . . . (§ 909, Ziff. 4 bis 6).

gefunden und erkennt:

1. Der Angeklagte ist des . . . . . . schuldig (oder nicht schuldig)
2. Derselbe ist verurtheilt zu . . . .
3. Die Staatsgebühr ist auf Fr. . . festgesetzt. Die übrigen Kosten betragen Fr. . . , nämlich: . . . . (s. § 1192).
4. Die Kosten des Prozesses sind dem . . . . auferlegt.
5. (Bestimmungen betreffend Schadensersatz und Entschädigung).
6. (Bestimmung betreffend Mittheilung, §§ 194 und 910).

Anhang III.

Der obergerichtliche Beschluß betreffend die Staatsgebühren
vom 30. Dezember 1878.

Das Obergericht des Kantons Zürich hat nach Einsicht eines anläßlich der Berathung des Voranschlages der Einnahmen und Ausgaben für das Jahr 1877 vom h. Kantonsrathe gefaßten Beschlusses, dahin gehend:

„Das Obergericht wird eingeladen, zu prüfen, auf welchem Wege die gleichmäßige Anwendung einer angemessenen Staatsgebühr bei den Gerichtsstellen zu erzielen sei, und in diesem Sinne die geeigneten Anordnungen zu treffen"

behufs richtiger und gleichmäßiger Anwendung der Bestimmungen der §§ 1176 Ziffer 6, 1177 Ziffer 1, 1178 Ziffern 2, 4 und 5, sowie der allgemeinen Vorschrift des § 1188 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege, welche folgendermaßen lautet:

„Wo das Gesetz keine fixe Staatsgebühr bestimmt, ist die Größe derselben innerhalb der gesetzten Grenzen in einem der Bedeutung der Sache und dem Umfange der zur Erledigung derselben erforderlichen Thätigkeit entsprechenden Maße festzusetzen. Bei Zivilprozessen ist hiebei in erster Linie der Streitwerth in Betracht zu ziehen";

beschlossen:

1. Die Bezirksgerichtspräsidenten, die Konkursrichter und die Bezirksgerichte werden angewiesen, bei Festsetzung der Staatsgebühren in Zivilsachen sich an die nachfolgenden Skalen zu halten:

a) Für Urtheile der Bezirksgerichtspräsidenten im ordentlichen Zivilprozesse (§ 1176, Ziffer 6)

soll die Staatsgebühr bei einem Streitwerthe

von 50—100 Fr.	5—14 Fr.
„ 100—150 „	10—16 „
„ 150—200 „	12—20 „ betragen.

b) Für Erkenntnisse der Konkursrichter in Auffallsstreitigkeiten (§ 1177, Ziffer 1)

beträgt die Staatsgebühr bei einem Streitwerthe

	mindestens	durchschnittlich	höchsten
bis auf 500 Fr.	5 Fr.	10 Fr.	15 Fr
von 500— 1000 „	10 „	15 „	20 „
„ 1000— 2000 „	15 „	25 „	40 „
„ 2000— 5000 „	25 „	35 „	60 „
„ 5000—10000 „	35 „	50 „	70 „
„ 10000—20000 „	50 „	70 „	90 „
mehr als 20000 „	70 „	80 „	100 „

c. Für Zivilurtheile der Bezirksgerichte (§ 1178, Ziffer 2) beträgt die Staatsgebühr bei einem Streitwerthe

	mindestens	durchschnittlich	höchstens
von 200— 1000 Fr.	15 Fr.	20 Fr.	35 Fr.
„ 1000— 2000 „	20 „	30 „	50 „
„ 2000— 5000 „	30 „	50 „	80 „
„ 5000—10000 „	50 „	70 „	120 „
„ 10000—20000 „	70 „	100 „	200 „
über 20000 „	100 „	150 „	300 „

2. Innerhalb der durch die vorstehenden Skalen gezogenen Grenzen ist für die Staatsgebühr, wenn der Streitwerth ungefähr die Mitte der betreffenden Klasse erreicht und der Prozeß nicht besonders weitläufig oder schwierig geworden ist, der als Durchschnitt angegebene Betrag anzusetzen; dagegen ist dieser Durchschnittsbetrag etwas zu erniedrigen, wenn der Streitwerth sich der untern Grenze, und entsprechend zu erhöhen, wenn er sich der obern Grenze der betreffenden Klasse nähert.

3. Mit Rücksicht auf die zur Erledigung des Prozesses erforderliche Thätigkeit ist der angegebene Durchschnittsbetrag jedenfalls zu erhöhen, sobald der Prozeß als ein weitläufiger zu betrachten ist. In dieser Beziehung fallen in Betracht:

die Zahl der zu entscheidenden Rechtsfragen, die Zahl und die Ausdehnung der Verhandlungen, ein allfälliges Beweisverfahren, sowie der Umfang der Akten überhaupt.

4. Prozesse mit unbestimmtem Streitwerth sind nach den Ansätzen derjenigen Klasse zu behandeln, in welche sie nach einer ungefähren Taxation der Bedeutung des Streites für die Parteien eingereiht werden müssen.

Vaterschafts-, Ehescheidungs- und Bevogtigungsprozesse sind in der Regel nach den Ansätzen der zweiten und dritten Klasse der Skala 1 c zu behandeln.

5. Die Bezirksgerichte werden angewiesen, bei der Festsetzung der Staatsgebühren für Strafurtheile gemäß § 1178 Ziffer 4 innerhalb der angegebenen Grenzen als maßgebende Faktoren in Betracht zu ziehen: die Zahl der Angeklagten, die Zahl und Bedeutung der eingeklagten verbrecherischen Handlungen, die Größe des gestifteten Schadens, die Ausdehnung und Schwierigkeit der Untersuchung (Zahl der abgehörten Zeugen, Zahl der Akten) und die Zahl der gerichtlichen Verhandlungen.

6. Die Bezirksgerichte werden angewiesen, bei Beschlüssen betreffend die Kosten sistirter Strafuntersuchungen, sobald dieselben nicht auf die Gerichtskasse genommen, sondern dem Angeschuldigten oder dem Verzeiger aufgelegt werden, jeweilen eine Staatsgebühr zu beziehen, welche nach dem Umfange und der Schwierigkeit der geführten Untersuchung zu bemessen und auf einen Fünftel desjenigen Betrages zu setzen ist, welcher im Falle der Erledigung durch Urtheil angemessen wäre. (§ 1178 Ziffer 5).

7. Dieser Beschluß soll gedruckt und in die Gesetzessammlung aufgenommen werden.

Skala für das Handelsgericht
(§ 1183, Nr. 1)

Streitwerth	Staatsgebühr mindestens	durchschnittlich	höchstens
von 500— 1000 Fr.	50 Fr.	70 Fr.	100 Fr.
„ 1000— 2000 „	60 „	90 „	150 „
„ 2000— 5000 „	80 „	150 „	250 „
„ 5000—10000 „	100 „	200 „	350 „
„ 10000—20000 „	200 „	300 „	450 „
über 20000 „	300 „	400 „	500 „

Zweite Abtheilung.

Die Gerichtsverfassung

und die

Civilprozeßgesetzgebung des Bundes

mit

dem Gesetze über die Kosten der Bundesrechtspflege
und demjenigen betreffend den Gerichtsstand für Zivilklagen
des Bundes und gegen denselben.

Einleitende Bemerkungen.

In dieser zweiten Abtheilung kommt zur Behandlung zunächst das neue Organisationsgesetz des Bundesgerichts. Daran reiht sich dann das eidgenössische Zivilprozeßgesetz.

Der Vater dieser letztern Schöpfung ist **Rüttimann**. Das Gesetz datirt vom 22. November 1850. Vermöge der vielen Partikularitäten, die dieses Gesetz enthält, wurde es von Anfang an nur provisorisch für zwei Jahre angenommen. Am 22. Juli 1852 beschloß die Bundesversammlung, daß das Gesetz auch ferner nur provisorisch fortbestehen solle, — diesmal für drei Jahre (Off. eidg. S. III. p. 181). Endlich am 13. Juli 1855 wurde es definitiv in Kraft erklärt (Off. S. V. p. 124).

Das Gesetz besteht auch heute noch. Diese Thatsache hat es nicht so fast seiner innern Vortrefflichkeit zu verdanken, als dem Zufall und dem geringen juristischen Anwendungsgebiete.

Die veränderte Stellung des Bundesgerichts auf Grund der neuen Bundesverfassung wird zu einer baldigen Revision des Zivilprozeßgesetzes führen. Eine besonders wichtige Stelle wird bei dieser Revision die Regulirung des Anschlusses der Rechtsmittel zwischen den kantonalen Gerichten und dem Bundesgerichte einnehmen. Drei Instanzen sind offenbar zu zahlreich. Ich mache im Verlaufe einen Vorschlag, um diesen juristischen Luxus in geordnetere Bahnen zu lenken.

Ich habe in dieser zweiten Abtheilung die hauptsächlichsten prinzipiellen Entscheidungen des Bundesgerichts aus der amtlichen Sammlung (A. E.) mitgetheilt. Die Auszüge sind meistens wörtlich kopirt.

Anhangsweise wurde abgedruckt:

a) das Gesetz über die Kosten der Bundesrechtspflege.
b) das Gesetz betreffend den Gerichtsstand für Zivilklagen des Bundes und gegen denselben.

Eine Reihe von Kantonen arbeitet jetzt an der Revision der Zivilprozeßgesetze, z. B. Thurgau, Aargau, Bern. Es wäre in hohem Grade wünschenswerth, daß die Kantone auch in dieser Beziehung zusammentreten und sich über die Grundlagen der neuen Gesetzgebung einigen würden. Es ist ein großer Irrthum zu glauben, daß durch dieses Zusammengehen die spätere Unifikation vereitelt werde: es können auf diesem Wege **einzelne Vorposten** des einheitlichen Prozeßrechtes erstehen, die seiner Neubildung in glücklicher Weise vorarbeiten.

Von besonderer Bedeutung wäre es, wenn die Kantone anstatt neue Kassationsgerichte einzuführen, das Bundesgericht als **Kassationsinstanz** in allen Fällen, wo die **Appellation** an dasselbe ausgeschlossen ist, aufstellen würden. Die Bundesbehörden würden wohl zweifellos diese Anordnung genehmigen. Dadurch würde die Einheit der Rechtsprechung gewahrt. **Man wird wohl die summa appellabilis des eidgenössischen Prozeßgesetzes nicht aufheben wollen.**

A.

Bundesgesetz
über
die Organisation der Bundesrechtspflege
vom 27. Juni 1874.

(Off. eidgen. Sammlung N. F. I. p. 136).

I. Allgemeine Bestimmungen.

Art. 1. Das Bundesgericht besteht aus neun Mitgliedern, und eben so vielen Ersatzmännern.

Das gegenwärtige Gesetz trat an die Stelle desjenigen vom 5. Juni 1849 (Off. eidg. S. I. 65).

Cf. Art. 64 dieses Gesetzes. — Selbstverständlich genügt die Zahl der in Art. 1 fixirten Zahl der Richter später nicht mehr, wenn einmal nach dem eidgenössischen Obligationenrechte alle wichtigen Zivilsachen vor das Bundesgericht gelangen werden.

Art. 2. Die Mitglieder des Bundesgerichts und die Ersatzmänner werden von der Bundesversammlung gewählt. Bei der Wahl derselben soll darauf Bedacht genommen werden, daß alle drei Nationalsprachen vertreten seien (Art. 107 der Bundesverf.).

Art. 3. In das Bundesgericht kann jeder Schweizerbürger ernannt werden, der in den Nationalrath wählbar ist

Die Mitglieder der Bundesversammlung und des Bundesrathes und die von diesen Behörden gewählten Beamten können nicht gleichzeitig Mitglieder des Bundesgerichts sein (Art. 108 der Bundesverf.).

Das schweizerische Staatsrecht stellt für die Wählbarkeit zu der Stelle der Bundesrichter absolut keine Requisite, z. B. die Ablegung von Examen oder sonstige Ausweise auf. Dieser Rechtszustand wird bei uns fast allgemein als allein richtig angesehen!

Art. 4. Die Mitglieder des Bundesgerichts dürfen keine andere Beamtung, sei es im Dienste der Eidgenossenschaft, sei es in einem Kantone bekleiden, noch irgend einen andern Beruf oder Gewerbe treiben (Art. 108 der Bundesverf.).

Demgemäß dürfen sie auch nicht bei Erwerbsgesellschaften die Stellung von Direktoren oder von Mitgliedern des Verwaltungsrathes einnehmen.

Cf. betreffend den Schlußsatz § 31 i. f. des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. 5. Blutsverwandte und Verschwägerte in auf- und absteigender Linie unbeschränkt, und in der Seitenlinie bis und mit dem Grade von Geschwisterkindern, sowie Ehemänner von Schwestern können nicht gleichzeitig Mitglieder oder Ersatzmänner des Bundesgerichtes sein.

Ebensowenig ist es zulässig, daß zwei in einem solchen Ausschlußverhältniß stehende Personen bei dem Bundesgericht oder einer Abtheilung desselben in irgend einer Weise, sei es als Richter oder Gerichtsschreiber oder Untersuchungsrichter oder Staatsanwalt, gleichzeitig angestellt seien.

Ein Justizbeamter, welcher durch Eingehung einer Ehe in ein Ausschlußverhältniß mit einem andern Beamten der Bundesrechtspflege eintritt, verzichtet damit auf seine Stelle.

Art. 6. Die Amtsdauer der Mitglieder und Ersatzmänner des Bundesgerichts ist auf sechs Jahre festgesetzt.

Die erste Wahl findet unmittelbar nach dem Inkrafttreten des gegenwärtigen Gesetzes und des im Art. 11 vorgesehenen Bundesbeschlusses statt.

Stellen, welche während der Amtsdauer erledigt werden, sind in der nächstfolgenden Sitzung der Bundesversammlung für den Rest der Amtsdauer wieder zu besetzen.

Staatsrechtlich ist es sehr zu bedauern, daß die Bundesrichter nicht auf Lebenszeit gewählt werden. Es ist verkehrt zu sagen, daß diese Neuerung von einer Republik nicht ertragen werden könne oder „daß das Volk dies nicht wolle", wie die neuerdings beliebte Phrase lautet. Ich sehe nicht ein, warum die republikanische Staatsform diejenigen Einrichtungen nicht adoptiren sollte, die sich in monarchischen Staaten glänzend bewährt haben.

Art. 7. Der Präsident und der Vice-Präsident des Bundesgerichtes werden von der Bundesversammlung aus den Mitgliedern desselben auf zwei Jahre gewählt.

Sind Präsident und Vicepräsident verhindert, so führt das erstgewählte Mitglied den Vorsitz.

Art. 8. Dem Bundesgerichte steht die Wahl zweier Gerichtsschreiber zu, von denen der eine der deutschen, der andere der romanischen Schweiz angehören soll. Beide sollen der deutschen und französischen und wenigstens einer auch der italienischen Sprache mächtig sein. Diese Wahl geschieht durch geheimes Stimmenmehr auf eine Amtsdauer von sechs Jahren.

Die Gerichtsschreiber führen beim Bundesgerichte und seinen Abtheilungen das Protokoll. Das Bundesgericht bezeichnet im

Uebrigen den Geschäftskreis der beiden Gerichtsschreiber. In Fällen von Verhinderung eines Gerichtsschreibers bezeichnet der Präsident einen Stellvertreter.

Art. 9. Das Bundesgericht stellt, innerhalb der Schranken des ihm hiefür anzuweisenden Kredites, das nothwendige Kanzleipersonal, sowie die zur Bedienung des Gerichtshofes erforderlichen Weibel an.

Art. 10. Zur Vornahme von Wahlen und zur Fassung aller in die Kompetenz des Bundesgerichtes fallenden zivil- und staatsrechtlichen Entscheidungen ist die Anwesenheit von wenigstens sieben Mitgliedern erforderlich

Bei allen solchen Entscheidungen muß die Zahl der Richter, den Präsidenten inbegriffen, eine ungerade sein. Der Präsident nimmt Theil an der Berathung und Abstimmung.

Cf. Art. 27 ff. und Art. 56 u. ff.

Art. 11. Der Amtssitz des Bundesgerichtes und seiner Kanzlei wird durch einen besondern Bundesbeschluß bezeichnet.

Dieser Amtssitz hat die für das Gericht und seine Abtheilungen, für die Kanzlei und das Archiv jeweilen erforderlichen zweckentsprechenden Räumlichkeiten unentgeltlich zur Verfügung zu stellen, zu möbliren und zu unterhalten. Die hiefür erforderlichen Anordnungen unterliegen der Genehmigung des Bundesrathes.

Der fragliche Bundesbeschluß wurde am 26. Brachmonat 1874 gefaßt (Off. eidgen. S. N. F. I. p. 134 und 135). Bekanntlich wurde die Stadt Lausanne als Sitz des Bundesgerichts erklärt. Die Stimmen sind darüber getheilt, ob es klug gewesen sei, das Bundesgericht so weit vom Zentrum weg zu verlegen.

Was die im Gesetze vorgesehene Beschaffung der nöthigen Räumlichkeiten anbetrifft, so macht es dem unparteiischen Beobachter der Dinge den Eindruck, als ob die Stadt Lausanne jene Verpflichtungen allzu wenig vom Standpunkte der Ehre und zu sehr von demjenigen eines Onus' auffasse.

Art. 12. Die Mitglieder des Bundesgerichtes und die Gerichtsschreiber sind verpflichtet, in dem bezeichneten Amtssitze zu wohnen.

Die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 23. Christmonat 1851 (III, 33) über die politischen und polizeilichen Garantieen (Art. 1—6), betreffend die persönlichen Verhältnisse der Mitglieder des Bundesrathes und des Kanzlers, finden analoge Anwendung auf die Mitglieder des Bundesgerichtes und auf die Gerichtsschreiber.

Art. 13. Die Bestimmungen der Art. 3 (Lemma 2), 4 und 12 finden keine Anwendung auf die Ersatzmänner des Bundesgerichts

Art. **14.** Die Bundesrichter beziehen einen Jahrgehalt von Fr. 10,000, der Präsident einen solchen von Fr. 11,000, die Gerichtsschreiber Fr. 6—8000. Die Ersatzmänner und die übrigen Justizbeamten werden durch Taggelder entschädigt, deren Betrag durch besondere Beschlüsse geregelt wird.

Der Gehalt des Bundesrichters ist — zumal bei den Verhältnissen der Stadt Lausanne — zu unbedeutend.

Art. **15.** Sofern der Stand der Geschäfte es erlaubt, ist das Bundesgericht befugt, alljährlich ein= oder zweimal Ferien anzuordnen, während welcher sich sämmtliche Mitglieder, mit Ausnahme des Präsidenten oder Vizepräsidenten, vom Amtssitze entfernen dürfen. Die Dauer dieser Ferien darf jedoch vier Wochen im Jahre nicht übersteigen.

Daneben kann das Bundesgericht, wenn genügende Gründe dafür vorliegen, einzelnen seiner Mitglieder, sowie den Gerichtsschreibern, Urlaub ertheilen.

Art. **16.** Ein Bundesrichter oder ein Ersatzmann des Bundesgerichtes darf das Richteramt nicht ausüben:

1) in allen Angelegenheiten, in welchen er, seine Frau, seine Verlobte, seine Verwandten und Verschwägerten, in der geraden Linie unbeschränkt und in der Seitenlinie bis und mit dem Grad von Geschwisterkindern, oder in welchen der Ehemann der Schwester seiner Frau in dem Ausgange des Streites ein mittel= oder unmittelbares Interesse haben;
2) in Sachen einer Person, deren Vormund er ist;
3) in einer Angelegenheit, mit Beziehung auf welche er bereits in anderer Stellung, sei es als Mitglied einer administrativen oder richterlichen Behörde des Bundes oder eines Kantons, oder als Justizbeamter, oder als Schiedsrichter, oder als Bevollmächtigter oder Sachwalter einer Partei, oder als Sachverständiger oder als Zeuge gehandelt hat;
4) in Angelegenheiten einer juristischen Person, deren Mitglied er ist, in Streitfällen, bei welchen sein Heimatkanton oder seine Gemeinde als Prozeßpartei erscheint, und bei Beschwerden, welche gegen die gesetzgebende Behörde oder die Regierung seines Heimatkantons gerichtet sind.

Trifft bei einem Bundesrichter oder Ersatzmann eine Bestimmung dieses Artikels zu, so hat er dies rechtzeitig dem Präsidenten des Bundesgerichtes oder der betreffenden Abtheilung anzuzeigen.

Cf. § 126 und 127 des zürcher. Prozeßgesetzes.

Art. **17.** Ein Bundesrichter oder Ersatzmann kann von den Parteien abgelehnt werden oder seinerseits den Ausstand verlangen:

1) wenn er in einem persönlichen Feindschafts- oder Abhängigkeitsverhältniß zu einer der streitenden Parteien steht;
2) wenn er über den zu beurtheilenden Fall seit dessen Anhängigmachung beim Bundesgericht seine Meinung ausgesprochen hat.

Ablehnungsgesuche, sowohl von Seite eines Richters als der Parteien, sind rechtzeitig dem Präsidenten des Bundesgerichtes, beziehungsweise seinem Stellvertreter einzureichen. Rührt das Gesuch von einer Partei her, so theilt der Präsident dasselbe dem betreffenden Mitgliede und der Gegenpartei zur Beantwortung mit. In streitigen Fällen entscheidet über ein solches Gesuch das Bundesgericht.

Art. **18.** Das Bundesgericht in seiner Gesammtheit kann nicht abgelehnt werden.

Sollten in einem einzelnen Falle so viele Mitglieder und Ersatzmänner rekusirt werden, daß keine giltige Verhandlung stattfinden könnte, so bezeichnet der Vorsitzende des Bundesgerichtes durch das Loos, aus der Zahl der Obergerichtspräsidenten der Kantone, so viele außerordentliche Ersatzmänner, als erforderlich sind, um die Rekusationsfrage und nöthigenfalls auch die Hauptsache selbst beurtheilen zu können.

Cf. § 128 des zürcher. Prozeßgesetzes.

Art. **19.** Die Justizbeamten des Bundes sollen, bevor sie ihre Funktionen antreten, auf getreue Pflichterfüllung beeidigt werden.

Das Bundesgericht wird durch die Bundesversammlung beeidigt; diejenigen Mitglieder und Ersatzmänner, welche bei dieser Feierlichkeit nicht anwesend sind, leisten den Eid in der ersten Gerichtssitzung, welcher sie beiwohnen.

Die Gerichtsschreiber und deren Stellvertreter, die Untersuchungsrichter und deren Schriftführer werden durch den Präsidenten oder ein von ihm zu bezeichnendes Mitglied des Bundesgerichtes beeidigt. Die Bundesanwalte hingegen leisten den Eid vor dem Bundesrathe.

Ueber die Beeidigung wird jeweilen ein Protokoll aufgenommen.

Diejenigen Gerichtspersonen, denen ihre Ueberzeugung die Leistung eines Eides nicht gestattet, können an Stelle desselben ein Handgelübde ablegen.

Art. **20.** Die Berathungen und Abstimmungen des Bundesgerichts und seiner Abtheilungen sind öffentlich

Diese Bestimmung findet jedoch auf die Verhandlungen der Geschwornen und der Anklagekammer keine Anwendung.

Ueber das Institut der öffentlichen Berathung vide ad § 145 des zürcherischen Prozeßgesetzes und Art. 181 des eidgen. Zivilprozeßgesetzes.

Art. **21.** Die Präsidenten des Bundesgerichtes und seiner verschiedenen Abtheilungen nehmen die bei jeder Gerichtsstelle einlaufenden Akten in Empfang und führen über deren Eingang, sowie über die von ihnen getroffenen Verfügungen fortlaufende Protokolle.

Art. **22.** Der Präsident ordnet je nach dem Stande der Geschäfte die Gerichtssitzungen an und trifft die dafür nöthigen Vorbereitungen. Er leitet die gerichtlichen Verhandlungen und sorgt für Ruhe und Ordnung. Personen, welche sich seinen Weisungen nicht unterziehen, kann er aus dem Sitzungssaale abtreten und nöthigenfalls bis auf 24 Stunden in Haft setzen lassen.

Art. **23.** Der Präsident überwacht die Thätigkeit der Instruktionsrichter, der Gerichtsschreiber und der unteren Angestellten.

Art. **24.** Alljährlich erstattet das Bundesgericht der Bundesversammlung einen einläßlichen Bericht über die Bundesrechtspflege nach ihren verschiedenen Richtungen.

Art. **25.** Die für die Bundesrechtspflege aufgestellten Behörden und einzelnen Beamten können alle Amtshandlungen, für welche sie zuständig sind, in jedem Kanton vornehmen, ohne vorher die Einwilligung der Kantonsbehörden nachzusuchen.

Den im Interesse der Rechtspflege gestellten Begehren der eidgenössischen Justizbeamten sollen die kantonalen Behörden in ihrem Amtskreise entsprechen.

Cf. § 122 und 123 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. **26.** Der Bundesrath macht der Kasse des Bundesgerichtes die erforderlichen Vorschüsse. Die Gerichtskanzlei führt über alle Einnahmen und Ausgaben genaue Rechnung.

II. Zivilrechtspflege.

Art. **27.** Das Bundesgericht beurtheilt zivilrechtliche Streitigkeiten:

1) zwischen dem Bunde und einem oder mehreren Kantonen;
2) zwischen Korporationen oder Privaten als Klägern und dem Bunde als Beklagten, sofern der Streitgegenstand einen Hauptwerth von wenigstens Fr. 3000 hat;

3) zwischen den Kantonen unter sich;
4) zwischen den Kantonen einerseits und Korporationen oder Privaten anderseits, wenn der Streitgegenstand einen Hauptwerth von wenigstens Fr. 3000 hat und die eine oder andere Partei es verlangt.

Das Bundesgericht urtheilt ferner über Anstände betreffend Heimatlosigkeit, nach Anleitung des Bundesgesetzes vom 3. Christmonat 1850 (II, 138), sowie über Bürgerrechtsstreitigkeiten zwischen Gemeinden verschiedener Kantone (Art. 110 der Bundesverfassung).

Ad Nr. 1. Cf. das Gesetz über den Gerichtsstand für Zivilklagen, welche von dem Bunde oder gegen denselben angehoben werden (1850). Vide Anhang. Ad Nr. 4. Ist diese Voraussetzung auch dann vorhanden, wenn eine vom Kanton gegründete Unternehmung oder Anstalt mit an sich privatwirthschaftlichem Charakter in einen Zivilrechtsfall von dem in Art. 27 erwähnten Betrage verwickelt ist? Die Frage hat eine große Bedeutung für kantonale Brandassekuranzanstalten, Kantonalbanken, besondere Stiftungen, Fonds u. dergl. Das Kriterium liegt darin, ob die betreffende Anstalt als ein bloßer Zweig der kantonalen Verwaltung als ein statio fisci zu betrachten oder ob sie nicht vielmehr als eine vom Staate getrennte selbständige Persönlichkeit anzusehen sei. Im letztern Falle ist das Bundesgericht nicht kompetent, wohl aber im erstern (A. E. IV. 286; V. 606).

Art. 27 enthält die zivilrechtlichen Kompetenzen des Bundesgerichts, welche demselben zufolge Art. 110 der B.-V. übertragen sind und darin bestehen, daß gewisse dort näher bezeichnete Zivilstreitigkeiten theils direkt beim Bundesgerichte anhängig gemacht werden müssen, theils mit Umgehung der kantonalen Gerichte bei demselben anhängig gemacht werden können, sofern eine Partei die Beurtheilung durch das Bundesgericht verlangt (A. E. II. p. 160).

Wenn aber eine Partei die Klage vor kantonalen Gerichten anhängig gemacht oder sich ihnen unterzogen hat, so ist sie an deren Urtheile gebunden und es wäre eine Weiterziehung derselben an das Bundesgericht nur insofern statthaft, als die in Art. 29 aufgestellten Voraussetzungen eines solchen Weiterzuges sich als vorhanden erweisen würden (A. E. IV. p. 160). In diesem Sinne hatte sich das Bundesgericht schon früher ausgesprochen i. S. Veuve Fumey: Après avoir profité jusqu'à jugement définitif de la juridiction des tribunaux compétents du canton du Valais, la recourante ne peut actuellement prétendre à la nullité des actes de procédure qu'elle a volontairement provoqués et acceptés (A. E. II. p. 161). Cf. ferner A. E. I. p. 522 und VI. p. 314/5.

Die Zuständigkeit des Bundesgerichts dem Betrage nach richtet sich nach dem gestellten und streitigen Rechtsbegehren (A. E. III. p. 797/8; 817/18 und VI. p. 475). Die bundesgerichtliche Kompetenz besteht also nicht, wenn 3000 Fr. gefordert wurden, dagegen davon 400 Fr. unbestritten blieben. Ueberdieß muß der Kapitalbetrag von 3000 Fr. streitig sein: es können nicht, um die Summe zu kompletiren, Zinse hinzugerechnet werden (A. E. VI. p. 466). Es geht auch nicht an, daß die Kompetenzsumme hergestellt werde durch Zusammenzählen der Beträge der Petita mehrerer Personen, die sich zur Anhebung der Klage verbinden (A. E. V. p. 560).

Das Bundesgericht prüft seine diesfällige Kompetenz ex officio (A. E. VI. 465 und 475).

Art. 28. Weiterhin hat das Bundesgericht zu entscheiden in allen denjenigen Fällen, welche die Bundesgesetzgebung mittels

Spezialgesetzen der Beurtheilung des Bundesgerichts unterstellt (Art. 114 der Bundesverfassung).

Insbesondere urtheilt das Bundesgericht infolge bisher erlassener Bundesgesetze:

a. über Expropriationsstreitigkeiten bei Eisenbahnen und andern öffentlichen Werken, auf welche das Bundesgesetz vom 1. Mai 1850 (I, 319) von der Bundesversammlung anwendbar erklärt wird, nach Anleitung dieses Gesetzes, beziehungsweise der Novelle zu demselben vom 18. Heumonat 1857 (V, 568);

b. über die Scheidung gemischter Ehen, nach Anleitung des Bundesgesetzes vom 3. Hornung 1862 (VII, 126);

c. über alle privatrechtlichen Streitigkeiten zwischen dem Bunde und einer Eisenbahngesellschaft, gemäß Art. 39 des Bundesgesetzes über die Eisenbahnen vom 23. Christmonat 1872 (XI, 1), insbesondere über die in den Artikeln 14, 19, 24 und 33 dieses Gesetzes vorgesehenen Entschädigungsfragen;

d. über Entschädigungsforderungen der Eisenbahnverwaltungen an Private, in den im Artikel 15, Lemma 2 des nämlichen Gesetzes vorgesehenen Fällen;

e. über Entschädigungsforderungen einer Eisenbahnverwaltung an die andere, in den Fällen des Art. 30, Lemma 3 des nämlichen Gesetzes;

f. über alle bei der Zwangsliquidation von Eisenbahnen entstehenden Fragen, nach Anleitung des Bundesgesetzes vom 24. Brachmonat 1874 über diesen Gegenstand.

Das Gesetz über die Scheidung gemischter Ehen ist durch dasjenige über Zivilstand und Ehe aufgehoben (Art. 62 Nr. 1 und 2 des letztern).

Cf. ad § 224 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. **29.** In Rechtsstreitigkeiten, die von kantonalen Gerichten nach eidgenössischen Gesetzen zu entscheiden sind und deren Gegenstand einen Hauptwerth von wenigstens Fr. 3000 hat oder seiner Natur nach einer Schätzung nicht unterliegt, ist jeder Partei das Recht geöffnet, bei dem Bundesgerichte die Abänderung des letztinstanzlichen kantonalen Haupturtheiles nachzusuchen.

Für die Werthbestimmung ist der Betrag maßgebend, welcher bei dem letzten Entscheide der kantonalen Gerichte noch streitig war.

Im Einverständnisse beider Parteien können in solchen Rechtsstreitigkeiten auch erstinstanzliche kantonale Haupturtheile, mit Umgehung einer zweiten Instanz in den Kantonen, sofort an das Bundesgericht gezogen werden.

1. Die Art der Appellationserklärung.

Es ist wiederholt vorgekommen, daß Parteien, welche kantonale Urtheile gemäß Art. 29 an das Bundesgericht weiterzogen, ihren diesfalls den kan-

tonalen Gerichten abgegebenen Erklärungen eine ausführliche schriftliche Begründung, sei es in Form eines Rekursmemorials, sei es in Form motivirter Konklusionen, beifügten. Ein solches Vorgehen, welches, um die Gleichheit der Parteistellung zu wahren, die Zustellung jener Begründung an die Gegenpartei zur Geltendmachung schriftlicher Gegenbemerkungen zur Folge haben müßte, steht offenbar im Widerspruch mit dem in Art. 30 bestimmten Verfahren, laut welchem die Parteien das Recht haben, das Streitverhältniß vor dem Bundesgerichte mündlich vorzutragen. Diesem mündlichen Verfahren noch ein schriftliches vorausgehen zu lassen, ist jedenfalls nicht der Wille des Gesetzes und ebenso wenig kommt es einer Partei, welche von dem Rechte des mündlichen Vortrages keinen Gebrauch machen will, zu, denselben durch einen schriftlichen zu ersetzen. Das Bundesgericht hat daher die Kantonsgerichte eingeladen, solche schriftliche Begründungen (in irgend welcher Form) nicht zuzulassen, wohl aber die Parteien, welche die Weiterziehung eines Urtheils an das Bundesgericht erklären, vor Einsendung der Akten an das Bundesgericht anzuhalten, diejenigen Punkte des Dispositivs des kantonalen Urtheils, welche sie der Beurtheilung des Bundesgerichtes unterwerfen wollen, genau zu bezeichnen und ihre daherigen Anträge zu formuliren gemäß den schon unterm 9. Dezember 1876 und 8. November 1878 erlassenen Kreisschreiben (cf. Bundesbl. 1881 II. p. 310/11).

2. Der Umkreis der Oberappellation.

Nach dem gegenwärtigen Stande der eidgenössischen Gesetzgebung hat das Bundesgericht als dritte Instanz unter den im Art. 29 fixirten Voraussetzungen in folgenden Klagen zu entscheiden:

a) betreffend Zivilstand und Ehe gemäß Gesetz von 1874. Dabei muß betont werden, daß die Fragen über die Zutheilung der Kinder und die Entschädigung für Auflösung der Ehe sich nach den kantonalen Gesetzen richten (Art. 49 des Gesetzes). Cf. auch König's Kommentar: Bernische Zivil- und Zivilprozeßgesetze I. p. 144 und A. E. II. p. 502. Immerhin hat — so wurde in einem spätern Falle (A. E. IV. p. 438) betont — dieses Urtheil nur den Fall im Auge, wo vor Bundesgericht ausschließlich jene Nebenpunkte streitig bleiben und bezieht sich keineswegs auch auf den Fall, wo zwar das Dispositiv, welches den Scheidungsausspruch enthält, von keiner Partei angefochten, jedoch zwischen den Litiganten die für die Folgen der Scheidung sehr bedeutungsvolle Frage der Verschuldung der Ehescheidung, wenn auch nur wegen jener Folgen (Art. 48 und 49 leg. cit.), noch streitig ist. In solchen Fällen liegt natürlich dem Bundesgerichte ob, jene Frage zu entscheiden, auch wenn dieselbe, wie bereits bemerkt, nicht mehr für die Hauptsache, d. h. die Scheidung selbst, sondern nur noch für die Nebenpunkte Bedeutung hat, und es kann das Bundesgericht, wenn es jene Frage anders beurtheilt, als dieß durch die kantonalen Gerichte geschehen ist, selbstverständlich auch zu einer Abänderung der die Nebenpunkte behandelnden Dispositive des kantonalen Urtheils gelangen (A. E. IV. p. 438).
Cf. auch A. E. III. 388; VI. p. 150 und 463 und VII. p. 378.

b) betreffend die Haftpflicht der eidgenössischen Post gemäß Bundesgesetz über das Postregal von 1849 (Off. S. I. p. 98). Ich verweise diesfalls auf meine Schrift: Die Haftpflicht der Postanstalten.

c) betreffend die Haftpflicht aus dem Eisenbahn-Frachtverkehr und die Beförderung von Personen gemäß dem Gesetze betreffend den Transport auf Eisenbahnen (Off. S. N. F. I. p. 682 ff.).

d) betreffend die Haftpflicht bei Tödtungen und Verletzungen auf Eisenbahnen und Dampfschiffen (Off. S. N. F. I. p. 787 ff.).

e) betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb gemäß

α) dem Gesetze über die Arbeiten in den Fabriken vom 23. März 1877 (Off. S. N. F. III. p. 241 ff.).

β) dem Gesetze betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Brachmonat 1881 (Bundesbl. 1881 III. p. 549 ff.).

f) betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken gemäß dem Gesetze vom 19. Dezember 1879.

g) nach dem 1. Januar 1883 alle Klagen (über 3000 Fr.), welche gemäß dem Obligationenrechte entschieden werden müssen.

Damit verlieren die kantonalen Kassationsgerichte sehr an ihrer Bedeutung und die bisherigen inappellabeln Entscheidungen des zürcherischen Handelsgerichtes können an's Bundesgericht gezogen werden (cf. erste Abtheilung ad § 50 und 60). Eine Streitsache kann selbstverständlich nicht an das kantonale Kassationsgericht gezogen werden, so lange ein ordentliches Rechtsmittel besteht.

3. Das jus saltandi.

Von dem in Art. 29.3 erwähnten Rechte wird wohl selten Gebrauch gemacht werden, weil das Einverständniß beider Parteien schwer zu erzielen ist. Der Erfolg wird der sein, daß wir in den wichtigsten Prozessen drei Instanzen haben. Dieses Resultat ist wenig erfreulich.

Was ist de lege ferenda anzuordnen?

Mir schiene das einfachste zu sein, daß die kantonalen Obergerichte eine besondere Sektion bilden würden für solche Prozesse, welche nach eidgenössischem Rechte entschieden werden müssen und bei denen die Appellabilität gemäß Art. 29 vorliegt. Auf diese Weise würde der allzu luxuriöse Instanzenzug in rationeller Weise eingedämmt.

4. Das Haupturtheil.

Darunter ist zu verstehen eine die Hauptsache materiell erledigende Entscheidung, nicht aber ein blos präparatorisches oder Zwischenurtheil oder eine Entscheidung über eine prozeßhindernde Einrede beziehungsweise über das Vorhandensein einer Prozeßvoraussetzung (cf. A. E. V. p. 261/2 und VI. p. 541). Dies ergibt sich unzweideutig aus dem Wortlaute des Gesetzes (cf. die Fassung des französischen Textes „jugement au fond"), sowie aus dem Zwecke, den der Gesetzgeber bei Einführung des Rechtsmittels der Weiterziehung an das Bundesgericht verfolgte, welcher offenbar dahin ging, die Anwendung des eidgenössichen materiellen Privatrechts zu sichern — Die Frage, ob die in Art. 29 und 30 des Gesetzes fixirten Voraussetzungen vorliegen, ist ex officio zu untersuchen (A. E. VI. p. 543).

De lege ferenda wäre es sehr praktisch, wenn auch das Bundesgericht als Appellationsgericht über bestimmte wichtige Vorfragen ein Praejudicium fällen könnte, — nach Analogie des zürcherischen Prozeßgesetzes § 444. Die präjudizielle Entscheidung gewisser Einreden und Voraussetzungen schneidet unter Umständen ein weitläufiges Verfahren ab.

Betreffend den Betrag von 3000 Fr. cf. ad Art. 27 Nr. 4.

Art. 30. Für dieses Rechtsmittel besteht eine peremtorische Frist von 20 Tagen, von der Mittheilung des angefochtenen Urtheils an gerechnet. Die Prozeßpartei, welche davon Gebrauch machen will, hat sich darüber binnen dieser Frist bei der kantonalen Gerichtsstelle, die das Urtheil erlassen hat, zu erklären. Geschieht dieß, so hat die betreffende Gerichtsstelle das Urtheil sammt den Akten beider Parteien binnen einer Frist von 14 Tagen, von der abgegebenen Erklärung an gerechnet, dem Präsidenten des Bundesgerichts einzusenden.

Nach Empfang der Akten setzt der Präsident den Tag fest, an welchem das Geschäft bei dem Bundesgericht zur Verhandlung kommen soll, und läßt den Parteien davon Kenntniß geben.

Die Parteien haben das Recht, an dem festgesetzten Tag vor dem Bundesgericht zu erscheinen und das Streitverhältniß mündlich vorzutragen oder durch Bevollmächtigte vortragen zu lassen.

Das Bundesgericht hat seinem Urtheile den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand zu Grunde zu legen. Sollte aber über bestrittene Thatsachen, welche von entscheidendem Einflusse auf die Urtheilsfällung sind, durch die kantonalen Instanzen ein Beweis überhaupt nicht zugelassen worden sein, so kann das Bundesgericht eine Aktenvervollständigung durch die nämliche Instanz, welche das Urtheil gefällt hat, anordnen und hierauf ohne weitere Parteivorträge das Endurtheil erlassen.

Cf. über die Art die Appellation an's Bundesgericht zu interponiren die Bemerkungen ad Art. 29 sub 1 ab initio. Die Einhaltung der Frist von 20 Tagen ist ex officio zu prüfen (A. E. VI. p. 633): sie ist im öffentlichen Interesse vorgeschrieben.

Ueber den Zeitpunkt, in welchem das kantonale Urtheil als eröffnet gelten soll beziehungsweise über die Form dieser Eröffnung enthält die Bundesgesetzgebung keine Bestimmungen, sondern überläßt dieselben der kantonalen Gesetzgebung (A. E IV. p. 584).

Die Adhäsion zur Appellation ist auch nach der bundesrechtlichen Praxis gestattet.

Wenn die betreffende Gerichtsstelle die Frist von 14 Tagen nicht innehält, so hat dies auf die Appellation selbst keinen Einfluß, wenn bei ihr nur die Frist von 20 Tagen beobachtet wurde: l'article 30 ne statue point que ce délai soit péremptoire. On ne saurait donc faire dépendre de l'observation stricte de cette disposition accessoire l'exercice du droit de recours lui-même, lorsque il a été satisfait à la seule formalité indispensable exigée par la loi et qu'il est constant que la transmission tardive du dossier doit être attribuée à la négligence du Greffe cantonal (A. E. III. 727/28).

Jene Bestimmung begründet eine interjudizielle Pflicht und nichts Weiteres.

Die Vorschrift, wornach das Bundesgericht „den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand zu Grunde legen soll", kann verschiedenartig interpretirt werden. Es läßt sich dahin argumentiren: Das Gesetz enthält eine bedeutende Restriktion des Oberappellationsgerichts. Es stellt in den Vordergrund die Pflicht des Bundesgerichts, bei der Prüfung des Rechtsfalles sich auf die revisio in jure zu beschränken. Das Bundesgericht hat mit andern Worten nur diejenigen rechtlichen Konsequenzen auf ihre Richtigkeit zu untersuchen, welche der kantonale Richter auf die faktischen vor ihm konstatirten und aufgebauten Prämissen gezogen hat (cf. z. B. A. E. III. 368, 728). Immerhin hat das Gesetz ausdrücklich hinzugefügt, daß die vom kantonalen Richter abgeschnittene Beweisführung über relevante Fakta noch vorbehalten ist und dies ist der einzige Fall, in welchem das Bundesgericht auch bezüglich des Thatbestandes unabhängig dasteht.

Auf der andern Seite kann man auch folgendermaßen räsonniren.

Das Bundesgericht würde nach jener Ansicht an den vom kantonalen Richter festgestellten Thatbestand gebunden sein auch dann, wenn es sich aus den Akten ergibt, daß jene Feststellung gar nicht vorliegt. Darnach könnten die kantonalen Gerichte in den Erwägungen der Urtheile einfach sagen, was sie in faktischer Beziehung als konstatirt ansehen und das Bundesgericht wäre verpflichtet, dies blindlings als richtig anzusehen. Dies wäre die logische Folge jener vorgetragenen Ansicht. Es kann aber keine Rede davon sein, daß das Gesetz bei der Aufrichtung eines über den kantonalen Gerichten unabhängig dastehenden Tribunales die Absicht gehabt habe, den eidgenössischen Richter in jener Weise zu degradiren und ihn zum blinden Diener des kantonalen Richters zu machen. Was der Gesetzgeber wollte, besteht darin: für die ganze Schweiz soll der Satz gelten, daß vor Ober-Appellationsgericht (bei Ausübung des jus saltandi ist das Bundesgericht Appellationsgericht) keine faktischen Nova mehr vorgebracht werden dürfen (A. E. VI. p. 640). Das ganze thatsächliche Material (Beweise, Urkunden etc.) soll vor dem kantonalen Richter beschafft werden. Mit andern Worten: Der faktische Prozeßstoff der kantonalen Instanzen ist nach Art. 30.4 auch der faktische Prozeßstoff des Bundesgerichtes. Der eidgenössische Gesetzgeber wollte Vorsorge treffen, daß diejenige Basis für die Erledigung des Prozesses vorliege, welche der zürcherische Gesetzgeber in §§ 676 und 337 des Prozeßgesetzes angeordnet hat.

An diesem Satze ist auch für die künftige Gestaltung des gemein-eidgenössischen Zivilprozesses festzuhalten. Wenn Nova thatsächlicher Art noch vor II. oder III. Instanz nachgebracht werden könnten, so würde dies einer außerordentlichen Verschleppung des Prozesses Thür und Thor öffnen. Ein sachgemäßes Korrektiv gegen den Rigor des formellen Abschlusses schafft § 337 des zürcherischen Zivilprozeßgesetzes. Cf. meine Bemerkungen ad §§ 229—337.

Die bundesgesetzliche Bestimmung des Art. 30.3 räumt den Parteien nur das Recht ein, an dem festgesetzten Tage zu erscheinen, ohne dem Nichterscheinen eine andere Wirkung beizulegen, als daß das Urtheil vom Bundesgericht gleichwohl ausgefällt wird. Der einzige Nachtheil, der die ausbleibende Partei treffen kann, aber auch treffen muß, ist der, daß sie das Recht auf einen mündlichen Vortrag vor Bundesgericht verwirkt (A. E. IV. p. 633).

Art. 31. Das Bundesgericht ist verpflichtet, die Beurtheilung auch anderer, als der in den Artikeln 27—29 genannten Rechtsfälle zu übernehmen:

1. wenn durch die Verfassung oder die Gesetzgebung eines Kantons bestimmte Rechtsstreitigkeiten an das Bundesgericht gewiesen werden, wozu jedoch die Genehmigung der Bundesversammlung erforderlich ist;
2. wenn dasselbe von beiden Parteien angerufen wird und der Streitgegenstand einen Hauptwerth von wenigstens Fr. 3000 hat (Art. 111 der Bundesverfassung).

III. Strafrechtspflege.

Art. 32. Das Bundesgericht urtheilt mit Zuziehung von Geschwornen, welche über die Thatfrage absprechen, in Straffällen:

1. über Hochverrath gegen die Eidgenossenschaft, Aufruhr und Gewaltthat gegen die Bundesbehörden;

2. über Verbrechen und Vergehen gegen das Völkerrecht;
3. über politische Verbrechen und Vergehen, die Ursache oder Folge derjenigen Unruhen sind, durch welche eine bewaffnete eidgenössische Intervention veranlaßt wird;
4. in Fällen, wo von einer Bundesbehörde die von ihr ernannten Beamten dem Bundesgerichte zur strafrechtlichen Beurtheilung überwiesen werden (Artikel 112 der Bundesverfassung).

Weitere Bestimmungen über die Kompetenz der Bundesassisen sind in den Artikeln 73 bis 77 des Bundesstrafrechtes vom 4. Hornung 1853 (III, 404) enthalten.

Was das Institut der Jury anbetrifft, so verweise ich auf meine Bemerkungen ad §§ 43 und 93 des zürcherischen Prozeßgesetzes. Die Ausscheidung der That- und Rechtsfrage beruht auf einer Chimäre.

Auch das Strafrecht und der Strafprozeß werden in nicht gar langer Zeit unifizirt werden. Dannzumal wird die große Frage entstehen: ob die Jury auch auf eidgenössischem Boden als Rechtsanstalt für die Beurtheilung der Verbrechen des täglichen Lebens eingeführt werden müsse. Gegenwärtig kommen nach Art. 32 die eidgenössischen Geschwornen bekanntlich außerordentlich selten in den Fall zu fungiren.

Ich wiederhole hier — unter Verweisung auf das früher Gesagte —, daß meiner Ueberzeugung nach die Jury für eine parteilose und unabhängige Rechtsprechung unbrauchbar ist. Ich hoffe, daß der Schweiz die Einführung dieses Instituts im kommenden Strafprozesse erspart bleibe.

Auf welche Weise soll dann der Anschluß der Rechtsmittel an das Bundesgericht stattfinden? Die Beurtheilung der wichtigern Verbrechenskategorien sollte meiner Ansicht nach im jury-mäßigen Verfahren (cf. ad 43 i. f. des zürcherischen Prozeßgesetzes) vor den kantonalen Appellationsgerichten stattfinden. Es müßte sodann gegen diese Urtheile eine Appellation an das Bundesgericht gestattet werden, indessen bloß:

a) in besonders wichtigen Fällen;
b) nach Maßgabe eines formell umschriebenen Rahmens, der sich mehr der Kassation annähern würde.

Art. 33. Das Bundesgericht ist verpflichtet, die Beurtheilung auch anderer als der im Art. 32 genannten Straffälle zu übernehmen, wenn solche durch die Verfassung oder die Gesetzgebung eines Kantons ihm zugewiesen werden und die Bundesversammlung hiezu ihre Zustimmung ertheilt.

Es ist dies ein Analogon zu Art. 31, Nr. 1.

Art. 34. Für die Verwaltung der Strafrechtspflege theilt sich das Bundesgericht in eine Anklagekammer, eine Kriminalkammer und ein Kassationsgericht. Im Anfange eines jeden Jahres werden diese drei Kammern für die Dauer desselben neu gewählt.

Kein Richter kann in einer und derselben Sache in mehreren Abtheilungen des Bundesgerichtes sitzen.

Art. 35. Die Anklagekammer besteht aus drei Mitgliedern, und aus eben so vielen Ersatzmännern, welche in

Fällen von Verhinderung der Mitglieder einberufen werden. Das erstgewählte Mitglied ist Präsident.

Art. **36.** Unter der Leitung und Aufsicht der Anklagekammer stehen zwei Untersuchungsrichter, welche das Bundesgericht für eine Amtsdauer von sechs Jahren ernennt. Sie bezeichnen selbst ihre Schriftführer; jedoch ist diese Wahl dem Präsidenten der Anklagekammer zur Genehmigung vorzulegen.

In Verhinderungsfällen der ordentlichen Untersuchungsrichter können durch das Bundesgericht oder, wenn dasselbe nicht gerade versammelt ist, durch den Präsidenten des Gerichtes außerordentliche Untersuchungsrichter ernannt und einberufen werden.

Art. **37.** Der Bundesrath bezeichnet in jedem einzelnen Falle den Bundesanwalt.

Später ist natürlich ein ständiger Bundesstaatsanwalt zu ernennen.

Art. **38.** Die Kriminalkammer, welche an allen Sitzungen der Bundesassisen Theil zu nehmen hat, besteht aus drei Mitgliedern. Für Verhinderungsfälle werden ihr drei Ersatzmänner beigegeben. Es sollen in dieser Kammer alle drei Nationalsprachen vertreten sein. Der Präsident wird für jede einzelne Sitzung vom Bundesgericht bezeichnet.

Sollte ein Mitglied oder Ersatzmann der Kriminalkammer durch unvorhergesehene Umstände verhindert sein, an einer Assisensitzung Theil zu nehmen, so kann der Präsident derselben ein Mitglied einer kantonalen Gerichtsstelle zum außerordentlichen Ersatzmann ernennen und einberufen.

Art. **39.** Die Bundesassisen bestehen aus der Kriminalkammer und aus zwölf Geschwornen, welche in den Kantonen vom Volke gewählt und sodann aus der Liste jedes Bezirkes herausgeloost werden.

Cf. § 1 ff. des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. **40.** Das Gebiet der Eidgenossenschaft wird in folgende fünf Assisenbezirke eingetheilt:

Der erste Bezirk umfaßt die Kantone Genf, Waadt, Freiburg (mit Ausnahme der Gemeinden, in denen die deutsche Sprache vorherrscht), Neuenburg und diejenigen Gemeinden der Kantone Bern und Wallis, in denen die französische Sprache das Uebergewicht hat.

Der zweite Bezirk besteht aus den Kantonen Bern (mit Ausnahme des dem ersten Bezirke zugewiesenen Landestheils), Solothurn, Basel und Luzern, sowie aus den deutschsprechenden Gemeinden der Kantone Freiburg und Wallis.

Der dritte Bezirk enthält die Kantone Aargau, Zürich, Schaffhausen, Thurgau, Zug, Schwyz und Unterwalden.

Der vierte Bezirk begreift in sich die Kantone Uri, Glarus, Appenzell, St. Gallen und Graubünden (mit Ausnahme der Gemeinden, in denen die italienische Sprache vorherrscht).

Der fünfte Bezirk endlich besteht aus dem Kanton Tessin und den italienisch redenden Gemeinden des Kantons Graubünden.

In den vier ersten Bezirken wird auf je 1000 Einwohner, im fünften Bezirke auf je 500 Einwohner ein Geschworner gewählt und in die Liste des Bezirks eingetragen.

Art. **41.** Jeder nach Art 74 der Bundesverfassung stimmberechtigte Schweizer kann zum Geschwornen ernannt werden. Ausgenommen sind jedoch:

1. Die Mitglieder der obersten kantonalen Gerichtsbehörden, sämmtliche Gerichtspräsidenten, Verhörrichter und Staatsanwalte, sowie alle eidgenössischen und kantonalen Vollziehungsbeamten, mit Ausnahme der Gemeindebeamten;
2. die Geistlichen;
3. die Angestellten in den Verhafts- und Strafanstalten;
4. die Polizeiangestellten.

Cf. § 6 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. **42.** Jeder, der zum Geschwornen ernannt wird, ist verpflichtet, dem an ihn gerichteten Rufe Folge zu leisten. Ausgenommen sind:

1. Alle, welche das 60. Altersjahr zurückgelegt haben;
2. Jeder, der auf der letzten Geschwornenliste sich befunden hat;
3. Diejenigen, welche wegen Krankheit oder in Folge irgend eines Gebrechens außer Stande sind, die Pflichten eines Geschwornen zu erfüllen.

Art. **43.** Der Entscheid der Frage, ob Jemand fähig oder verpflichtet sei, sich auf die Geschwornenlisten setzen zu lassen, steht den Kantonsregierungen zu.

Dieselben übersenden die kantonalen Geschwornenlisten dem Bundesgerichte, welches daraus die Bezirkslisten (Art. 40) zusammensetzt und veröffentlicht.

Wenn Geschworne aus irgend einem Grunde diese Eigenschaft verlieren oder mit Tod abgehen, so hat die Kantonsregierung hievon dem Bundesgerichte Anzeige zu machen, damit sie aus der Liste gestrichen werden.

Art. **44.** Die Erneuerung der Geschwornenlisten erfolgt je von sechs zu sechs Jahren. Der Bundesrath sorgt dafür, daß die neuen Listen rechtzeitig angefertigt werden.

Art. **45.** Vor jedem Zusammentritt der Bundesassisen läßt die Kriminalkammer in öffentlicher Sitzung die Namen der Geschwornen des Bezirkes, in welchem die Verhandlung statt-

finden soll, in eine Urne einwerfen und sodann vierundfünfzig derselben herausziehen, verlesen und protokolliren.

Abschriften der so gebildeten engern Liste werden unverzögert dem vom Bundesrathe bezeichneten Staatsanwalte, sowie dem Angeklagten oder seinem Vertheidiger zugestellt.

Art. **46.** In jedem an die Assisen gewiesenen Falle kann der Bundesanwalt zwanzig Geschworne verwerfen und ebensoviele der Angeklagte.

Sind in einem Falle mehrere Angeklagte, so können sie sich über die Ausübung des Verwerfungsrechtes vereinigen, oder es kann jeder von ihnen sein Recht für sich besonders ausüben. In beiden Fällen dürfen sie aber die Anzahl der Rekusationen, die einem einzelnen Angeklagten erlaubt sind, nicht überschreiten. Verständigen sich die Angeklagten nicht über die Ausübung des Verwerfungsrechtes, so bestimmt unter ihnen das Loos, in welcher Ordnung jeder seine Rekusationen vorzubringen hat. Die Geschwornen, welche auf diese Weise von einem Angeklagten rekusirt wurden, sind es dann für alle, bis die Anzahl der gestatteten Rekusationen erschöpft ist.

Art. **47.** Innerhalb 14 Tagen, vom Empfange der im Art. 45 erwähnten Abschrift an gerechnet, sind die Rekusationen mündlich oder schriftlich dem Präsidenten der Kriminalkammer anzumelden. Wer dieses unterläßt, wird angesehen, als habe er auf sein Recht verzichtet.

Art. **48.** Sind 40 Geschworne rekusirt worden, so werden die übrig gebliebenen vierzehn zu den Assisen einberufen.

Haben nicht so viele Rekusationen stattgefunden, so bezeichnet die Kriminalkammer unter den nicht verworfenen Geschwornen die einzuberufenden vierzehn durch das Loos.

In beiden Fällen wird ebenfalls durch das Loos ausgemittelt, welche zwei von den 14 Geschwornen als Ersatzmänner der Jury beizugeben seien.

Die Zuziehung von Ersatzgeschwornen ist eventuell jedenfalls zweckmäßig.

Art. **49.** Dem Präsidenten der Kriminalkammer steht es frei, zu einer Assisensitzung, bei welcher eine beträchtliche Anzahl von Anklagen zu beurtheilen ist, oder aus andern gewichtigen Gründen alle auf der engern Liste befindlichen 54 Geschwornen einzuberufen und das Rekusationsrecht erst beim Beginn der Verhandlungen ausüben zu lassen.

Art. **50.** Die Einladungen zu den Assisen sollen den Geschwornen wenigstens sechs Tage vor der Sitzung zugestellt werden.

Art. **51.** Die Kriminalkammer bezeichnet jeweilen den Ort, wo die Assisen gehalten werden.

In der Regel soll jedes Verbrechen oder Vergehen in demjenigen Assisenbezirke beurtheilt werden, in welchem es verübt worden ist. Im Interesse einer unbefangenen Rechtspflege oder der öffentlichen Sicherheit kann jedoch hievon eine Ausnahme gemacht werden.

Art. **52.** Für jede Sitzung der Bundesassisen soll die Kantonsregierung des Ortes, wo sie gehalten wird, ein angemessenes Lokal zur Verfügung stellen. Baarauslagen für nothwendige Einrichtungen werden aus der Gerichtskasse vergütet. Dagegen dürfen keine Miethzinse berechnet werden.

Art. **53.** Wachen, Bedeckungen und Gefangenwärter werden auf Ansuchen des Assisenpräsidenten oder des Untersuchungsrichters durch die Behörden des Kantons, in welchem das Verfahren vor sich geht, einberufen. Die Kosten trägt die Gerichtskasse.

Art. **54.** Die Verhafteten werden in den Kantonalgefängnissen untergebracht. Ihre Verpflegung wird nach dem gesetzlichen Tarif des Kantons aus der Gerichtskasse vergütet. Mit Bezug auf ihre Ueberwachung und Behandlung hat jedoch der Gefangenwärter die Befehle des eidgenössischen Untersuchungsrichters, beziehungsweise des Assisenpräsidenten zu befolgen.

Art. **55.** Das Kassationsgericht hat theils über Kassations-, Revisions- und Rehabilitationsgesuche in Kriminalfällen (Art. 135 bis 168, 175 bis 182 des eidgen. Strafprozeßgesetzes, II, 743), theils über Beschwerden gegen Urtheile kantonaler Gerichte, welche sich auf Uebertretungen fiskalischer Bundesgesetze beziehen (Art. 18 des Bundesgesetzes vom 5. Brachmonat 1849, I, 65), zu entscheiden.

Es besteht aus dem Präsidenten des Bundesgerichts, welcher von Amts wegen den Vorsitz führt, vier Mitgliedern und drei Ersatzmännern. Um giltige Beschlüsse fassen zu können, muß das Kassationsgericht immer vollzählig, d. h. mit fünf Richtern besetzt sein. Nöthigenfalls wird es hiefür aus den übrigen, nach Art. 34 stimmberechtigten Mitgliedern und Ersatzmännern des Bundesgerichts nach ihrer Reihenfolge ergänzt, und wenn auch diese nicht ausreichen, so wird nach Art. 18 verfahren.

IV. Staatsrechtliche Entscheidungen.

Art. **56.** Das Bundesgericht entscheidet über Kompetenzkonflikte zwischen Bundesbehörden einerseits and Kantonalbehörden anderseits (Art. 113, Ziff. 1 der Bundesverfassung).

Wird in irgend einem Rechtsfalle, welcher bei dem Bundesgerichte anhängig gemacht worden ist, von einer Partei behauptet, daß derselbe ausschließlich in die Kompetenz kantonaler Behörden falle, oder daß er durch auswärtige Behörden oder durch ein Schiedsgericht zu erledigen sei, so entscheidet das Bundesgericht selbst über seine Zuständigkeit.

Ist dagegen zwischen Bundesrath und Bundesgericht streitig, ob ein Fall durch die eine oder die andere dieser Behörden zu beurtheilen sei, so entscheidet hierüber die Bundesversammlung (Art. 85, Ziff. 13 der Bundesverfassung).

Art. **57.** Das Bundesgericht urtheilt ferner über Streitigkeiten staatsrechtlicher Natur zwischen Kantonen.

Hieher gehören insbesondere Grenzstreitigkeiten zwischen zwei Kantonen, Fragen der Anwendung interkantonaler Verträge und Kompetenzfragen zwischen den Behörden verschiedener Kantone, bei welchen eine Kantonsregierung selbst den Gegenstand bei dem Bundesgerichte anhängig macht.

Cf. A. E. I. p. 67 und p. 206/7.

Art. **58.** Das Bundesgericht entscheidet über Auslieferungen, welche kraft bestehender Staatsverträge verlangt werden, sofern die Anwendbarkeit des betreffenden Staatsvertrags bestritten wird. Die vorläufigen Verfügungen bleiben in der Kompetenz des Bundesrathes.

Die Schweiz hat folgende Auslieferungsverträge abgeschlossen:

1. mit den Niederlanden (Off. eidgen. S. IV. p. 98);
2. mit Bayern (III. p. 219 und Nachtrag IX. p. 650);
3. mit Oesterreich (V. p. 188);
4. mit Nordamerika (V. p. 201);
5. mit Baden (VIII. p. 206);
6. mit Italien (IX. p. 732 und XI. p. 294);
7. mit Frankreich (X. p. 34);
8. mit Belgien (N. F. I. p. 59);
9. mit Rußland (XI. p. 410);
10. mit dem deutschen Reiche (N. F. I. p. 82);
11. mit dem Großherzogthum Luxemburg (N. F. II. p. 120);
12. mit Portugal (N. F. I. p. 161);
13. mit Großbritannien (Bdsbl. 1880, IV. p. 514);

Zu dem gegenwärtigen Zustand der in unserm Jahrhundert ausgebildeten internationalen Rechtsbeziehungen (Siècle d'Internationalité) bildet einen merkwürdigen Kontrast die Thatsache, daß einzelne Staaten (die Schweiz leider voraus) sich so sehr gegen die Auslieferung gewisser Verbrecher stemmen. Es beruht dies auf einem feindseligen und rohen Gefühle, das nicht gebilligt werden kann. Die Anschauung, wornach die Verbrecher einen größern Schutz genießen als das internationale Recht, wird mit der richtigen Erkenntniß des letztern hoffentlich nach und nach verschwinden.

Alle Staaten haben das gleiche Interesse, daß den Verbrechern die gerechte Strafe zuerkannt und an ihnen vollzogen werde.

Es wäre eine dankbare Aufgabe, die leitenden Gesichtspunkte für das Auslieferungsrecht darzustellen, damit die bestehende Varietät einer größern Gleichheit Platz machen müßte.

Art. 59. Endlich beurtheilt das Bundesgericht Beschwerden von Privaten und Korporationen, betreffend:

a) Verletzung derjenigen Rechte, welche ihnen entweder durch die Bundesverfassung und die in Ausführung derselben erlassenen Bundesgesetze oder durch die Verfassung ihres Kantons gewährleistet sind;

b) Verletzung von Konkordaten und Verkommnissen unter den Kantonen, sowie von Staatsverträgen mit dem Auslande,

vorausgesetzt, daß im einen oder andern Falle diese Beschwerden gegen Verfügungen kantonaler Behörden gerichtet sind und innerhalb sechzig Tagen, von Eröffnung der letztern an gerechnet, eingereicht werden.

Vorbehalten sind nach Art. 113, Absatz 2 der Bundesverfassung Administrativstreitigkeiten, welche sich auf folgende Bestimmungen der Bundesverfassung beziehen und deren Erledigung nach Maßgabe der Art. 85, Ziffer 12, und 102, Ziffer 2 derselben dem Bundesrath, beziehungsweise der Bundesversammlung zusteht:

1. Art. 18, Satz 3, betreffend unentgeltliche Ausrüstung der Wehrmänner;
2. Art. 27, Satz 2 und 3, betreffend das Schulwesen der Kantone;
3. Art. 31, betreffend die Handels- und Gewerbefreiheit;
4. Art. 31 und 32, betreffend die noch anerkannten Verbrauchssteuern und die Eingangsgebühren von Wein und andern geistigen Getränken;
5. Art. 43, 45 und 47, betreffend Rechte der Niedergelassenen;
6. Art. 49, 50 und 51, betreffend Glaubens- und Gewissensfreiheit und freie Ausübung gottesdienstlicher Handlungen 2c.; immerhin bleiben jedoch der Kompetenz des Bundesgerichts vorbehalten Steueranstände (Art. 49, Alinea 6) und Anstände aus dem Privatrecht, welche über die Bildung oder Trennung von Religionsgesellschaften entstehen (Art. 50, Alinea 3);
7. Art. 53, betreffend Civilstand und Begräbnißplätze, insoweit sie durch die Gesetzgebung den vollziehenden Behörden zugewiesen wird.

Gleichermaßen sind dem Entscheide des Bundesrathes, beziehungsweise der Bundesversammlung unterstellt:

8. Beschwerden über die Anwendung der in den Art. 25, 33, 34, 39, 40 und 69 der Bundesverfassung vorgesehenen Bundesgesetze.
9. Beschwerden gegen die Giltigkeit kantonaler Wahlen und Abstimmungen;
10. Anstände herrührend aus denjenigen Bestimmungen der Staatsverträge mit dem Auslande, welche sich auf Handels- und Zollverhältnisse, Patentgebühren, Niederlassung, Befreiung vom Militärpflichtersatze und Freizügigkeit beziehen.

Cf. pag. 74—78.

Es mag in Beziehung auf die internationalen Staatsverträge über Konkursrecht bemerkt werden, daß dieselben wohl als dahin gefallen betrachtet werden müssen, weil an die Stelle der landesgesetzlichen Bestimmungen die Konkursordnung des deutschen Reiches getreten ist. Diese stellt in § 4 die ausländischen Gläubiger auch ohne Vertrag den inländischen gleich und gestattet die Anwendung des „Vergeltungsrechtes" dem Reichskanzler unter Zustimmung des Bundesrathes. Cf. diesfalls König: Die im Kanton Bern geltenden kantonalen und eidgenössischen Gesetze über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten p. 444 und meine Abhandlung: Die Schuldexekution und das Konkursverfahren in der Z. für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege V. p. 136/7. Zu jenen Verträgen gehören folgende:

a) zwischen 21 Kantonen (ausgenommen Schwyz) und Baden von 1808;
b) zwischen 20 Kantonen (ausgenommen Schwyz und Neuenburg) und Württemberg von 1826;
c) zwischen 20½ Kantonen (ausgenommen Schwyz und Appenzell J.-Rh.) und Bayern von 1834;
d) zwischen 19½ Kantonen (ausgenommen Unterwalden, St. Gallen, Appenzell J.-Rh.) und Sachsen von 1837.

Unter den Konkordaten hebe ich folgende hervor:

a) dasjenige über vormundschaftliche und Bevogtungsverhältnisse der Niedergelassenen vom 15. Heumonat 1822 (Snell I. p. 231). Es gehören dazu Zürich, Bern, Luzern, Uri, Schwyz, Unterwalden, Zug, Solothurn, Schaffhausen, Appenzell, Aargau, Tessin und Freiburg;
b) dasjenige über Testirungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse der Niedergelassenen vom gleichen Tage (Snell I. p. 233). Thurgau ist ausgetreten (11. September 1871 resp. 1. Oktober 1866), Glarus am 7. Mai 1876 (Off. eidgen. S. N. F. II. p. 276). Es gehören zum Konkordate jetzt noch Zürich, Bern, Luzern, Uri, Schwyz, Unterwalden, Solothurn, Schaffhausen, Appenzell, Aargau und Tessin;
c) dasjenige über den Schutz des literarischen und künstlerischen Eigenthums (Off. eidgen. S. V. p. 494 ff.);

   Nota. Hoffentlich wird darüber nun bald ein einheitliches Recht geschaffen werden (cf. Art. 64 der B.-V.). Es bestehen auch schon Vorarbeiten darüber. — Es gehören zum Konkordate die Kantone Zürich, Bern, Uri, Unterwalden, Glarus, Basel, Schaffhausen, Appenzell J.-Rh., Graubünden, Thurgau, Tessin, Waadt, Genf, Aargau, Appenzell A.-Rh. und Schwyz. Cf. Orelli in der Z. für schweiz. Recht XII. p. 109 ff.

d) dasjenige über die gerichtlichen Betreibungen und Konkurse vom 15. Juni 1804 und 8. Juli 1818 (Snell I. p. 242), ferner dasjenige vom 7. Juni 1810, resp. 8. Juli 1818 über die in einem andern Kanton liegenden Effekten eines Falliten.

Nota. Auch diese Konkordate werden nun wohl bald von einem eidgenössischen Gesetze über Betreibung und Konkurs abgelöst werden. — Es gehören zu diesen Konkordaten alle Kantone mit Ausnahme von Schwyz und Appenzell J.-Rh.

e) dasjenige über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel von 1853 (Off. eidgen. S. IV. p. 210). Bern ist zurückgetreten (Volksabstimmung 30. Oktober 1881). Es gehören zu diesem Konkordate Zürich, Zug, Freiburg, Solothurn, Aargau, Neuenburg, Baselland, Waadt, Baselstadt, Thurgau, St. Gallen, Schwyz, Appenzell (J.-Rh. und A.-Rh.) und Wallis.

Was die in Art. 59 sub b und Nr. 10 erwähnten Verträge anbetrifft, so verweise ich auf Schollenberger: Der schweizerische Rechtsspiegel (1879) p. 8—12.

Cf. auch erste Abtheilung ad § 752.

Besonders schwierig ist es, wie auch das Bundesgericht (A. E. V. p. 190) sagt, de tracer une ligne de démarcation entre les conflits de droit civil et les contestations administratives et de distinguer d'une manière rigoureuse entre ces dernières et les conflits de droit public, ces divers domaines se touchant et se confondant mêmes à certains points de vue.

Die Aufzählung der Ziffern 1—10 wurde vom Bundesgerichte als vollständig und limitativ angesehen: la compétence du tribunal fédéral est fondée dans tous les cas qui ne rentrent pas dans les susdites exceptions (cf. A. E. I. p. 300, II. p. 29).

Art. **60.** Das Bundesgericht hat bei den in den Artikeln 56, 57, 58 und 59 vorgesehenen Entscheidungen sich an die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemein verbindlichen Beschlüsse, sowie an die von ihr angenommenen Staatsverträge zu halten (Art. 113 der Bundesverfassung).

Art. **61.** Die staatsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichtes erfolgen in der Regel bloß auf Grundlage eines schriftlichen Verfahrens.

Die einlangenden Beschwerden werden der Gegenpartei oder, wenn keine solche vorhanden ist, der Behörde, gegen welche sie gerichtet sind, zur Vernehmlassung mitgetheilt. Nach empfangener Antwort kann der Instruktionsrichter, sofern er es für nöthig erachtet, Replik und Duplik anordnen. Er sorgt zugleich für Erhebung der nöthigen Beweismittel.

Ausnahmsweise kann, wenn eine Partei es verlangt und besondere Gründe dafür vorliegen, das Bundesgericht eine mündliche Schlußverhandlung anordnen.

Es geht nicht an, dem von der Partei ergriffenen Rechtsmittel bei der Urtheilsfällung ein anderes von ihr nicht ergriffenes zu substituiren, zumal da bei Behandlung staatsrechtlicher Rekurse die Stellung des Bundesgerichtes als Staatsgerichtshof in Bezug auf Erhebung der Beweise und Feststellung des Thatbestandes eine andere und freiere ist, als die ihm als Zivilgericht bei Beurtheilung einer zivilrechtlichen Weiterziehung angewiesene (cf. Art. 30 und A. E. VI. p. 545).

Bei staatsrechtlichen Rekursen wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte durch Verfügung kantonaler Behörden (Art. 59) liegt dem Rekurrenten lediglich ob, die kantonale Verfügung zu bezeichnen, deren Aufhebung

wegen Verfassungswidrigkeit er verlangt, während darüber, an wen die Beschwerde zur Vernehmlassung mitzutheilen beziehungsweise wer als Rekursbekagter zu behandeln sei, von Amtswegen zu entscheiden ist (A. E. VI. p. 595).

Art. **62.** Für die Entscheidung staatsrechtlicher Streitigkeiten sollen der Regel nach weder Gerichtsgebühren bezogen, noch Parteientschädigungen zugesprochen werden.

Doch kann das Gericht Ausnahmen machen in Fällen, wo die Anhebung oder Veranlassung des Streites, oder die Art der Prozeßführung es rechtfertigen sollte.

Cf. diesfalls Art. 15 des Bundesgesetzes über die Kosten der Bundesrechtspflege (vide Anhang).

Art. **63.** Der Präsident des Bundesgerichtes ist befugt, auf Ansuchen einer Partei diejenigen Verfügungen zu treffen, welche die Festhaltung des bestehenden Zustandes erfordert.

Diese Verfügungen sind dem Gerichte bei seiner nächsten Sitzung zur Genehmigung vorzulegen.

Es bedarf immer einer ausdrücklichen Verfügung des Bundesgerichtes resp. seines Präsidenten um den Rechtsgang vor den kantonalen Behörden zu sistiren. Es kommt also der Ergreifung des staatsrechtlichen Rekurses an das Bundesgericht Suspensiveffekt nur insofern zu, als dies vom Bundesgerichte selbst verfügt wird oder die kantonalen Behörden von sich aus dem Rekurse diese Wirkung zugestehen (A. E. IV. p. 55).

Schlußbestimmungen.

Art. **64.** Durch dieses Gesetz treten außer Kraft:

1. Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 5. Brachmonat 1849 (I, 65);
2. Das Bundesgesetz über den Geschäftskreis und die Besoldung des Generalanwaltes vom 20. Christmonat 1850 (II, 167);
3. Das Bundesgesetz betreffend Abänderung des Art. 30 der Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Heumonat 1862 (VII, 302);

und alle damit im Widerspruch stehenden Bestimmungen anderer Bundesgesetze.

Art. **65.** Gegenwärtiges Gesetz tritt unter Vorbehalt der Volksabstimmung gemäß Art. 89 der Bundesverfassung nach Abfluß von 90 Tagen nach Veröffentlichung desselben in Wirksamkeit.

Der Bundesrath wird mit der Veröffentlichung und Vollziehung beauftragt.

B.

Bundesgesetz

über

das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten

vom 22. November 1850.

(Off. eidgen. Sammlung II. p. 77).

Allgemeiner Theil.

Erster Titel.

Von dem Amte des Richters.

Art. 1. Alle Vorschriften, welche durch gegenwärtiges Gesetz für das Gericht aufgestellt werden, sind auch, so weit als möglich, von den Gerichtspräsidenten und den Instruktionsrichtern zu befolgen, wenn sie einzeln zu handeln haben.

Art. 2. Das Gericht darf thatsächliche Verhältnisse, welche in den Akten nicht enthalten sind, nicht berücksichtigen. Jedoch kann es von Amts wegen die Verbesserung unvollständiger, unbestimmter oder unklarer Parteivorträge oder Parteischriften veranlassen.

Die Verhandlungsmaxime ist darnach auch im eidgenössischen Zivilprozesse maßgebend, wie sie vernünftigerweise jedem rationellen Zivilprozeßgesetze zu Grunde liegen muß (cf. ad § 286 des zürcherischen Prozeßgesetzes). Jenes Axiom ist auch in dem künftigen gemein-eidgenössischen Zivilprozesse zu adoptiren.

Die materiellen Voraussetzungen der Kompetenz des Bundesgerichts (cf. Art. 27 und 28 des Organ.-Gesetzes) sind ex officio zu untersuchen (A. E. VI. 465 und 475). Sie erscheinen als Fragen publici juris.

Art. 3. Das Bundesrecht ist durch das Gericht von Amts wegen anzuwenden; hingegen sollen ausländische kantonale oder örtliche Rechtsgrundsätze von der Partei, welche sich auf dieselben stützen will, angeführt und im Falle Widerspruches nachgewiesen werden.

Auch hier gilt der Satz: **Jura novit curia.** Dagegen stellt das ausländische und das Gewohnheitsrecht eine **res facti** dar.

Art. **4.** Das Gericht darf einer Partei weder Mehreres noch Anderes zusprechen, als sie selbst verlangt, noch weniger als die Gegenpartei anerkannt hat.

Cf. ad § 291 und § 704 Nr. 8 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Zweiter Titel.

Von den Parteien.

I. Befugniß zu gerichtlichen Handlungen.

Art. **5.** Jede handlungsfähige Person ist befugt, ihre Rechte vor dem Bundesgerichte zu verfolgen oder zu vertheidigen.

Cf. § 172 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

II. Streitgenossenschaft.

Art. **6.** Mehrere Personen, denen ein Recht oder eine Verbindlichkeit gemeinschaftlich zusteht oder obliegt, oder welche aus dem nämlichen Rechtsgeschäfte berechtigt oder verpflichtet sind, können zur Verfolgung des nämlichen Zweckes als Streitgenossen vereint klagen oder belangt werden.

Cf. ad § 240 u. ff. des zürcherischen Prozeßgesetzes. — **La simple addition dans une conclusion unique de réclamations *distinctes* ne saurait donner lieu à un débat collectif dans le sens de l'article 6 (A. E. V. p. 560).**

Art. **7.** Jeder Streitgenosse kann, soweit er nicht durch besondere Rechtsverhältnisse gebunden ist, den Prozeß unabhängig von den andern führen (Art. 147). Soweit sie jedoch im Angriffe oder in der Vertheidigung einig gehen, sollen sie gemeinsam handeln (Art. 53).

Cf. § 242 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. **8.** Die Einrede, daß nicht alle Mitberechtigten als Kläger auftreten, oder daß nicht alle Mitverpflichteten belangt werden (die Einrede mehrerer Streitgenossen) befreit den Beklagten nicht von der Einlassung, sondern bewirkt bloß, daß der Richter bei Ausfällung des endlichen Entscheides entweder den Streitgegenstand theilt, oder, wenn dieses nicht möglich ist, dem Urtheile einen den Beklagten sichernden Vorbehalt beifügt, oder auch je nach Umständen den Kläger einstweilen abweist. Dem Kläger, welchem die fragliche Einrede entgegengesetzt wird, steht es frei, die von dem Beklagten benannten mitverpflichteten Personen nachträglich noch zu belangen. In diesem Falle, sowie, wenn es ihm gelingt, mitberechtigte Personen zu bewegen, daß sie sich nachträglich an die Klage anschließen, ist das Verfahren so fortzusetzen, wie wenn alle diese Streitgenossen von Anfang an an demselben Theil genommen hätten.

Cf. § 241 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

III. Betheiligung Dritter an dem Rechtsstreite.

A. Streitverkündung.

Art. 9. Wer für den Fall des Unterliegens in einem Rechtsstreite auf einen Dritten zurückgreifen will, kann diesem, unter vorläufiger Angabe der Rückgriffsgründe, durch den Richter Anzeige von dem Streite machen und ihm freistellen lassen, zu seiner Unterstützung daran Theil zu nehmen.

Cf. §§ 247 und 248 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. 10. Von dem Augenblicke an, in welchem die Streitverkündung stattgefunden hat, ist dem Denunziaten durch Mittheilung aller Ladungen und anderer gerichtlichen Verfügungen Gelegenheit zu geben, alle ihm zu Gebote stehenden Mittel des Angriffes oder der Vertheidigung zu Gunsten des Denunzianten geltend zu machen; es wäre denn, daß er die Theilnahme an dem Verfahren ausdrücklich verweigern würde.

Die dießfälligen Kosten werden vorläufig von dem Denunzianten getragen.

Anders § 253 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. 11. Der Denunziant kann, wenn er den Streit nicht aufnehmen oder fortsetzen will, dieses dem Denunziaten anzeigen und ihm durch den Richter eine Frist bestimmen lassen, innerhalb welcher er sich zu erklären hat, ob er den Rechtsstreit gleichfalls aufgeben oder solchen auf eigene Gefahr und Kosten fortführen wolle.

Der Denunziat wird dadurch, daß er den Streit fortsetzt, weder Partei- noch Streitgenosse des Denunzianten, sondern bloß Vertreter des Letztern.

Das Urtheil wird in der Hauptsache auf den Namen des Denunzianten ausgefällt, und der Denunziat hat bloß die von ihm verwirkten Ordnungsstrafen und die von ihm allein veranlaßten Kosten und Prozeßentschädigungen zu bezahlen.

Cf. § 252 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. 12. Der Denunziat kann hinwieder einer Person, auf welche er seinerseits zurückgreifen will, nach Anleitung des Art. 9 Streit verkünden.

Cf. § 247.2 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. 13. Auch unaufgefordert kann Jemand, dem möglicherweise eine Rückgriffsklage droht, der betreffenden Partei seine Unterstützung anbieten. Er tritt dadurch, wenn sein Anerbieten angenommen wird, in die Stellung eines Solchen, dem Streit verkündet worden ist.

Art. **14.** Der Beitritt zum Streite, finde er mit (Art. 9) oder ohne (Art. 13) vorgängige Aufforderung statt, gilt nicht als Anerkennung der Ersatzpflicht.

Art. **15.** Das Verhältniß zwischen dem Denunzianten und dem Denunziaten soll nicht zum Gegenstande der Verhandlung oder des Urtheils gemacht werden, ausgenommen in den Fällen, in welchen der Gegner des Denunzianten bestreitet, daß der Denunziat berechtigt sei, dem Prozesse beizutreten.

Anders § 248 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

B. Nebenintervention.

Art. **16.** Ein Dritter, dessen Recht oder Verbindlichkeit von dem streitigen Rechte abhängt, darf sich der betreffenden Prozeßpartei jederzeit anschließen. Jedoch muß er den Streit in der Lage aufnehmen, in welcher er denselben findet. Er wird dadurch wahrer Streitgenosse dessen (Art. 7), dem er beitritt.

Cf. § 245 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

C. Hauptintervention.

Art. **17.** Ein Dritter, welcher an dem Streitgegenstand ein besseres, die beiden Parteien ganz oder theilweise ausschließendes Recht zu haben glaubt, kann sich in deren Streit nicht einmischen, wohl aber steht es ihm frei, ebenfalls Klage zu erheben.

Cf. § 244 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. **18.** Das Gericht kann nach freiem Ermessen die beiden Prozesse bis zum Schlusse des Hauptverfahrens getrennt durchführen lassen oder dieselben vereinigen. Jedenfalls aber sollen beide Klagen durch ein Urtheil erledigt werden.

Cf. § 244.2 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. **19.** Streitigkeiten über die Frage, ob und in welcher Weise ein Dritter, sei es als Haupt- oder als Nebenintervenient, an dem Prozesse Theil nehmen dürfe, werden während des Vorverfahrens durch den Instruktionsrichter, später durch das Gericht selbst entschieden.

IV. Rechte und Pflichten der Parteien.

Art. **20.** Den Parteien stehen jederzeit die Protokolle und Akten zur Einsicht offen. Auf ihr Verlangen werden ihnen gegen Bezahlung Abschriften zugefertigt.

Jede Schrift, welche dem Gerichte eingereicht wird, und jede richterliche Verfügung ist ungesäumt zur Kenntniß beider Parteien zu bringen. Dergleichen Eröffnungen finden auf demjenigen Wege statt, welcher für die Mittheilung der Vorladungen vorgeschrieben ist (Art. 56—58).

Art. **21.** Den Parteien soll gleichmäßig Gelegenheit gegeben werden, an allen Verhandlungen Theil zu nehmen.

Art. **22.** Die Parteien haben in ihren Vorträgen die dem Richter schuldige Achtung zu beobachten und den Gegner und Dritte soweit zu schonen, als es die Wahrung des eigenen Rechtes erlaubt. Jeder, welcher diese Vorschrift verletzt, oder die Wahrheit muthwillig bestreitet oder entstellt, oder seinen Gegner auf ungebührliche Weise belästigt oder den Prozeß böswillig in die Länge zieht, ist, nach Art. 76 des Organisationsgesetzes über die Bundesrechtspflege, mit einer Ordnungsstrafe zu belegen.

Cf. Anhang ad § 180 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. **23.** Jede Partei hat die durch ihre Handlungen entstehenden Kosten vorzuschießen; beide Parteien zusammen aber diejenigen, welche durch gemeinschaftliche Anträge oder durch das Gericht von Amts wegen veranlaßt werden.

Der dießfälligen Aufforderung ist die Drohung beizufügen, daß die Handlung, deren Kosten zu decken sind, zum Nachtheile der Partei, welche den Vorschuß nicht leistet, unterbleiben werde.

Art. **24.** Die unterliegende Partei ist schuldig, der siegenden alle durch den Rechtsstreit verursachten nothwendigen Kosten zu ersetzen.

Wenn der Entscheid nicht ausschließlich zu Gunsten einer Partei ausfällt, sowie, wenn eine Partei selbst ihr ursprüngliches Rechtsbegehren beschränkt hat, so können die Kosten verhältnißmäßig vertheilt werden.

Cf. ad § 275 des zürcherischen Prozeßgesetzes und das Gesetz über die Kosten der Bundesrechtspflege (Anhang).

Nach Art. 24 ist es grundsätzlich zulässig, die sämmtlichen Kosten auch der bloß theilweise unterliegenden Partei aufzulegen (A. E. I. p. 483).

Art. **25.** Vor dem Beginne des Schlußverfahrens (Art. 170 u. ff.) übergibt jede Partei dem Gerichtspräsidenten und dem Gegner ein spezifizirtes, soweit möglich mit den erforderlichen Belegen versehenes Verzeichniß der Kosten. Der Kostenpunkt wird gleichzeitig mit der Hauptsache verhandelt und beurtheilt.

Art. **26.** Wenn der Kläger in der Eidgenossenschaft keinen festen Wohnsitz hat oder erweislich zahlungsunfähig ist, so kann er in jedem Abschnitte des Verfahrens aufgefordert werden, für den Betrag der Gerichtsgebühren und, auf Verlangen des Beklagten, auch für die Kosten des Prozesses durch Hinterlegung des Baarbetrages, Pfänder oder Bürgen Sicherheit zu leisten, über deren Zulänglichkeit diejenige Stelle, welche die Aufforderung erlassen hat, sei es der Gerichtspräsident, sei es der Instruktionsrichter (Art. 95), entscheidet.

Das Verfahren steht so lange still, bis der Kläger der Aufforderung nachgekommen ist.

Art. 27. Das Gericht kann solchen Personen, welche nachweisen, daß sie zu arm seien, um die Prozeßkosten zu bestreiten, das Armenrecht gestatten. Dadurch werden sie von der Kautionsleistung (Art. 26) befreit und die Prozeßgebühren, gleichviel ob diese der Bundeskasse oder einem Beamten oder Bediensteten des Bundes zukommen, werden ihnen ganz oder theilweise erlassen.

Das Armenrecht kann vom Gerichte verweigert werden, wenn sich schon aus der mit dem Gesuche zu verbindenden Darstellung der Sachlage ergibt, daß der Prozeß ein offenbar grundloser und muthwilliger ist.

Wenn Personen, welche das Armenrecht genossen, später zu Vermögen gelangen, so sind sie zum Ersatze der nachgelassenen Gebühren verpflichtet.

Das Armenrecht ist natürlich von der Partei extra anzubegehren und nicht ex officio zu gewähren. Immerhin muß nach der richtigen Ansicht ein von kantonalen Gerichten ertheiltes Armenrecht beim Bundesgerichte nicht mehr speziell begehrt werden, wenn das letztere als Oberappellationshof entscheidet. Cf. ad § 278 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Dritter Titel.

Von den Nebenpersonen der Parteien.

Art. 28. Jede handlungsfähige Person kann ihren Prozeß entweder selbst führen oder sich durch eine andere handlungsfähige Person vertreten lassen.

Art. 29. Die gleiche Befugniß steht auch solchen Personen zu, die nach den Gesetzen des betreffenden Kantons gehörig bevollmächtigt sind, für andere Personen den Rechtsstreit anzuheben oder zu bestehen, z. B. Vormündern, Beiständen, Kuratoren &c.

Wie ich schon in der ersten Abtheilung (cf. ad § 174 des zürcherischen Prozeßgesetzes) ausgeführt habe, ist es unbedingt nöthig, daß der Bund die in einzelnen Kantonen zuchtlos dastehende Advokatur wieder in geordnete Bahnen lenke. Dem Rechte kann es unmöglich frommen, wenn das Barreau sich zusammensetzt aus „praticiens sans instruction et sans pudeur, affranchis de toute surveillance et de toute responsabilité exploitant la crédulité calculant sur le malheur“ (cf. den Bericht von Hornung im Protokoll über den Juristentag in Genf p. 33).

Art. 30. Diejenigen Personen, welche im Namen einer Behörde, Körperschaft oder Gesellschaft einen Prozeß führen, können sich ebenfalls durch einen Sachwalter vertreten lassen.

Art. 31. Es ist nicht gestattet, daß für dieselbe Partei mehrere Personen bei derselben Verhandlung das Wort führen.

Cf. dagegen § 176 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. **32.** Wer für einen Andern gerichtliche Handlungen vornehmen will, soll sein Recht dazu durch eine schriftliche Vollmacht nachweisen.

Art. **33.** Die Vollmachtsurkunde soll enthalten: gehörige Bezeichnung der Parteien, des Bevollmächtigten, des Streitgegenstandes, Zeit und Ort der Ausstellung und die eigenhändige Unterschrift des Vollmachtgebers. Kann dieser nicht schreiben, so soll über seine Willenserklärung eine öffentliche Urkunde aufgenommen werden.

Art. **34.** Die Echtheit der Unterschrift soll nach den Bestimmungen der Ortsgesetze beglaubigt werden. Die Staatskanzlei des betreffenden Kantons, oder, wenn die Vollmacht im Auslande ausgestellt wurde, eine höhere Verwaltungsstelle des betreffenden Staates, hat zu bescheinigen, daß die Beglaubigung zuverlässig sei und, insofern der Vollmachtgeber selbst blos als Vertreter eines Handlungsunfähigen, einer Gesellschaft oder einer juristischen Person erscheint, daß derselbe nach den Landesgesetzen befugt sei, den Rechtsstreit für die eigentliche Prozeßpartei anzuheben oder zu bestehen.

Art. **35.** Der Sachwalter eines Kantons wird durch die Regierung desselben, der Sachwalter des Bundes durch den Bundesrath bevollmächtigt.

Eine solche Vollmacht wird unter dem Siegel der betreffenden Behörde ausgefertigt und von dem Präsidenten und Sekretär derselben unterzeichnet.

Art. **36.** Die Einbringung oder Verbesserung der Vollmacht kann in jeder Lage des Streites von der Gegenpartei verlangt oder durch den Richter von Amts wegen angeordnet werden.

Art. **37.** Eine nachgebrachte Vollmacht gilt im Zweifel auch als Genehmigung der Handlungen, welche der Bevollmächtigte in der gleichen Sache bereits vorgenommen hat.

Wörtlich so § 260 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. **38.** Eine allgemeine Vollmacht zu Führung eines Prozesses berechtigt den Bevollmächtigten zu allen Handlungen, welche die Beendigung des Streites auf dem Wege des Rechtes zum Zwecke haben; nicht aber zum Abschlusse eines Vergleiches, zur Annahme eines Schiedsrichters, zur Reform (Art. 47), zum Abstehen vom Prozesse und zum Empfange von Zahlungen.

Art. **39.** Die Vollmacht kann von dem Sachwalter nicht auf Andere übertragen werden, wenn ihm das Substitutionsrecht nicht ausdrücklich eingeräumt wird.

Art. **40.** Die Handlungen und Unterlassungen der Bevollmächtigten sind für den Vollmachtgeber ebenso verbindlich, als wenn sie von ihm selbst ausgegangen wären.

Ordnungsstrafen, welche der Sachwalter verwirkt, treffen diesen selbst.

Cf. §§ 178 und 180 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Vierter Titel.

Allgemeine Grundsätze des gerichtlichen Verfahrens.

I. Verbot der Aufforderung zur Klage.

Art. **41.** Niemand kann gezwungen werden, ein ihm wirklich oder vermeintlich zustehendes Recht wider seinen Willen, oder früher, als er will, geltend zu machen.

Nemo invitus agere cogatur. Das eidgenössische Prozeßrecht kennt die Provokation überhaupt nicht (cf. indessen ad § 283 des zürcherischen Prozeßgesetzes).

II. Klagenhäufungen.

Art. **42.** Der Kläger oder Widerkläger darf gleichzeitig und im nämlichen Verfahren mehrere Ansprüche gegen den nämlichen Gegner geltend machen, vorausgesetzt, daß das Gericht für jeden einzelnen zuständig sei.

Es ist selbstverständlich, daß durch eine Klagenverbindung niemals die Kompetenz des Bundesgerichtes zur Beurtheilung von Ansprüchen begründet werden kann, zu deren Beurtheilung dasselbe nicht zuständig wäre, wenn sie für sich allein angebracht würden. Eine objektive Klagenhäufung ist nur zuläßig, wenn das Gericht zur Beurtheilung der einzelnen verbundenen Ansprüche zuständig ist (Art. 42). Um eine Verbindung mehrerer selbständiger Ansprüche handelt es sich dann nicht, wenn lediglich behauptet wird, daß durch die angeblich beschädigenden Handlungen dem Kläger nach verschiedenen Richtungen hin Schaden entstanden sei und also der Ersatzanspruch in mehrfacher Richtung substantiirt wird (A. E. VII. p. 175).

Im Uebrigen sagt Art. 42 nur, Kläger „dürfe" mehrere Ansprüche im gleichen Verfahren gleichzeitig geltend machen. Das Gesetz schreibt also nicht vor, daß dies geschehen müsse (A. E. VII. p. 186).

Art. **43.** Mehrere Personen, welche nicht Streitgenossen sind (Art. 6), können nur ausnahmsweise zur Ersparung von Kosten in einem Verfahren klagen oder mit Klagen belangt werden, wenn die von ihnen oder gegen sie erhobene Ansprache aus der nämlichen Thatsache abgeleitet und auf die gleichen Rechtsgründe gestützt wird. Die hierauf bezügliche exceptionelle Bestimmung im Gesetz über die Heimatlosigkeit (Art. 9) wird vorbehalten.

Art. **44.** In den beiden angeführten Fällen (Art. 42 und 43) kann das Gericht aus besondern Gründen von Amts wegen oder auf Begehren einer Partei in jeder Lage des Prozesses Trennung anordnen.

III. Gleichzeitiges Vorbringen der Angriffs- und Vertheidigungsgründe.

Art. 45. Alle Angriffs- und Vertheidigungsgründe sind auf einmal vorzubringen. Die nicht vorgebrachten Gründe können später nicht mehr geltend gemacht werden, so weit das Gesetz nicht eine Ausnahme zuläßt.

IV. Die Klaganderungen.

Art. 46. Die Parteien dürfen den thatsächlichen Inhalt ihrer Vorträge später nicht zum Nachtheile des Gegners verändern. Auch sind sie an das ursprünglich gestellte Rechtsbegehren gebunden. Jedoch kann dasselbe jederzeit beschränkt, so wie durch Verbesserung von bloßen Rechnungs- und Schreibfehlern berichtigt werden.

Art. 47. Jede Partei kann im Laufe des Verfahrens, so lange das Hauptverfahren nicht geschlossen ist, Einmal die Reform erklären.

Die Reformerklärung ist also auch vor Gericht noch möglich, so lange die Hauptvorträge nicht geschlossen sind und zwar nicht bloß für neue Beweismittel, sondern auch für neue Thatsachen.

Art. 48. Die Reform vernichtet das ganze Verfahren bis zu dem Punkte, welchen die reformirende Partei bezeichnet.

Doch läßt die Reform folgende Bestandtheile des Prozesses unberührt:

a) die von den Parteien abgeschlossenen Vergleiche;
b) die Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides, sofern die Gegenpartei sich zur Leistung desselben bereits anheischig gemacht hat;
c) die eidlichen Erklärungen der Parteien;
d) die Zeugenaussagen und das Befinden Sachverständiger.

Art. 49. Wer die Reform erklärt, muß innerhalb einer von dem Richter anzusetzenden Frist seinem Gegner die Kosten der vernichteten Verhandlungen ersetzen und das neu durchzuführende Verfahren beginnen; widrigenfalls die Reform wirkungslos bleiben würde.

Der Instruktionsrichter läßt sich das Verzeichniß der Kosten nebst den erforderlichen Belegen einreichen und bestimmt dieselben nach Anhörung beider Parteien und unter Vorbehalt der Beschwerdeführung nach Vorschrift des Art. 173.

V. Die Zeitbestimmungen im Prozesse.

Art. 50. Die Parteien haben die ihnen zukommenden Handlungen entweder an einem bestimmten Rechtstage (Termine) oder innerhalb einer Frist vorzunehmen.

A. Die Rechtstage.

Art. **51.** Der Richter erläßt von Amts wegen oder auf Ansuchen einer Partei die Vorladung zu dem Rechtstage.

Die in der Gerichtssitzung anwesenden Parteien können zu der nächsten Sitzung mündlich vorgeladen werden. Der Beweis dafür, daß dieses geschehen sei, wird durch das Gerichtsprotokoll geführt.

Außerhalb der Gerichtssitzung muß jede Ladung schriftlich geschehen.

Art. **52.** Die Vorladung soll die Gerichtsstelle, die Parteien, die vorzunehmende Handlung, den Tag und die Stunde, den Ort des Erscheinens und die Folgen des Ungehorsams genau bezeichnen und, wenn sie schriftlich stattfindet, datirt und von dem Sekretär der Gerichtsstelle unterzeichnet werden.

Art. **53.** Die Vorladung wird an die Partei selbst oder an ihren Sachwalter gerichtet. Streitgenossen müssen einen gemeinschaftlichen, und, eine außerhalb der Eidgenossenschaft wohnende Partei, muß einen in derselben niedergelassenen Bevollmächtigten bezeichnen, dem alle Ladungen und sonstigen Mittheilungen giltig zugestellt werden können.

Art. **54.** Die Prozeßparteien und deren Vertreter haben jede während des Rechtsstreites stattfindende Veränderung ihrer Wohnung dem Richter unverzüglich anzuzeigen.

Art. **55.** Wer die Bestimmungen der beiden vorhergehenden Artikel übertritt, soll mit einer Ordnungsbuße (Art. 76 des Gesetzes betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege) belegt und zum Ersatz des allfällig durch die Uebertretung der Gegenpartei oder der Bundeskasse verursachten Schadens angehalten werden. Hierdurch sind jedoch nicht ausgeschlossen die weitern nachtheiligen Folgen, welche nach diesem Gesetze unter Umständen die Fehlbaren treffen können.

Der hier zitirte Art. 76 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege bezieht sich auf dasjenige von 1849. Das neue Organ.-Gesetz enthält eine solche Bestimmung nicht. König: Die im Kanton Bern geltenden kantonalen und eidgenössischen Gesetze über das gerichtliche Verfahren p. 242, Anm., sagt deßwegen, es könne gestützt auf Art. 55 eine Geldbuße nicht mehr ausgesprochen werden. Ich vermag diese Ansicht nicht zu theilen. Art. 55 schafft eine selbständige Bestimmung und sie hat für ihre Anwendbarkeit das alte Organ.-Gesetz nicht zur absolut nothwendigen Voraussetzung.

Art. **56.** Die Vorladungen werden in doppelter Ausfertigung der Post übergeben, welche das eine Doppel dem Adressaten einhändigt, das andere der Gerichtsstelle zurücksendet.

Der Bundesrath ist ermächtigt, über die Anlegung dieser Vorladungen nöthigenfalls ein Reglement zu erlassen.

Art. **57.** Wird die Annahme der Vorladung oder die Unterzeichnung des Doppels verweigert, so ersucht der Richter die zuständige Kantonalbehörde, die Vorladung nach den Ortsgesetzen vorzunehmen. Der Weigernde hat, wenn er sein Benehmen nicht zu rechtfertigen vermag, neben den von ihm verursachten Kosten, eine Ordnungsbuße von Fr. 20 zu bezahlen.

Art. **58.** Ladungen, welche aus irgend einem Grunde dem Betheiligten nicht zugestellt werden können, sollen in das Bundesblatt, in das Amtsblatt des betreffenden Kantons und in zwei andere von der Gerichtsstelle auszuwählende öffentliche Blätter eingerückt und, wo möglich, in der Heimatgemeinde des Vorzuladenden, so wie in der Gemeinde, in welcher derselbe zuletzt gewohnt hat, angeschlagen werden.

Art. **59.** Eine Ladung ist nichtig, wenn nicht der Geladene, vom Empfange derselben an gerechnet, acht Tage — oder von der letzten Publikation einer öffentlichen Vorladung (Art. 58) an gerechnet, einen Monat Zeit übrig hat, um derselben Genüge zu leisten.

Sind nicht volle dreißig Tage seit der Ediktalvorladung bis zum angesetzten Verhandlungstage verflossen, so kann auf eine Behandlung des Prozesses nicht eingetreten werden, bis eine neue und regelrechte Vorladung erfolgt ist.

Art. **60.** Der Rechtstag dauert von dem durch die Ladung festgesetzten Zeitpunkte an so lange, bis der Richter die Sitzung aufhebt.

Art. **61.** Eine gehörig vorgeladene Partei, welche an dem Rechtstage aufgerufen wird und nicht erscheint, verwirkt eine Ordnungsbuße. Sie kann später aber immer noch erscheinen, so lange die Sitzung nicht aufgehoben ist.

Art. **62.** Versäumen beide Parteien den Rechtstag, so soll der Richter sie zum Ersatz des der Bundeskasse verursachten Schadens verurtheilen und einen neuen Termin ansetzen, ausgenommen, wenn sie einen Vergleich abgeschlossen haben und dieses spätestens am Rechtstage selbst anzeigen. Bleibt hingegen bloß die eine Partei aus, so kann die erscheinende die ihr zukommenden Handlungen vornehmen und diejenigen, zu deren Vornahme ihr Gegner berechtigt gewesen wäre, durch den Richter für verwirkt erklären lassen.

B. Die Fristen.

Art. **63.** Die Fristen werden entweder durch das Gesetz oder den Richter bestimmt (gesetzliche oder gerichtliche Fristen).

Art. **64.** Bei Berechnung der gesetzlichen Fristen wird der Monat zu dreißig Tagen angenommen und der Tag, an welchem

das die Frist eröffnende Ereigniß stattgefunden hat, wird nicht gezählt. An dem letzten Tage der Frist kann die in Frage liegende Handlung bis Abends 6 Uhr vorgenommen werden.

Nach der bundesgerichtlichen Praxis gilt eine Frist als innegehalten, wenn die betreffende Schrift innerhalb derselben der eidgenössischen Post übergeben wurde (A. E. IV. p. 371).

Art. **65.** Gesetzliche Fristen können nur durch Uebereinkunft der Parteien erstreckt werden. Wer sie versäumt, verwirkt die Befugniß, deren Ausübung durch das Gesetz an sie geknüpft war.

Art. **66.** Die gerichtlichen Fristen werden bestimmt durch Bezeichnung der Zeit, zu welcher dieselben zu Ende laufen. Wird nur der letzte Tag, nicht die Stunde bezeichnet, so gilt die im Artikel 64 lemma 2 enthaltene Bestimmung.

Art. **67.** So lange eine gerichtliche Frist nicht abgelaufen ist, kann der Richter dieselbe auf Ansuchen des Betheiligten aus erheblichen Gründen verlängern.

Art. **68.** Bei Versäumung einer gerichtlichen Frist läßt der Richter diejenigen Folgen eintreten, welche er innerhalb der Schranken des Gesetzes für diesen Fall ausdrücklich angedroht hatte.

C. Wiedereinsetzung gegen Versäumung von Tagfahrten und Fristen.

Art. **69.** Mit Einwilligung der Gegenpartei kann Wiederherstellung gegen Versäumung immer stattfinden.

Art. **70.** Gegen den Willen der Gegenpartei ist die Wiedereinsetzung nur unter folgenden Bedingungen zulässig:

a) Das Gesuch muß innerhalb zehn Tagen, von dem Augenblicke an gerechnet, in welchem der Impetrant von den Folgen der Versäumung Kenntniß erhalten hat, (Art.62, 68 und 23) dem Richter schriftlich eingereicht werden;

b) insofern irgend eine Leistung, z. B. ein Kostenvorschuß (Art. 23) die Bestellung einer Kaution, (Art. 26) u. dgl. versäumt war, ist dieselbe gleichzeitig nachzubringen oder zu beweisen, daß sie in der Zwischenzeit erfüllt worden sei;

c) der Impetrant hat darzuthun, daß er oder sein Sachwalter durch unverschuldete Hindernisse abgehalten worden sei, an dem Rechtstage zu erscheinen oder innerhalb der Frist zu handeln. Die dießfälligen Beweismittel werden dem Gesuche beigelegt, oder, so weit dieß nicht möglich ist, wenigstens vorläufig genau bezeichnet (Art. 158, 159).

Art. 70 gestattet eine Wiedereinsetzung nicht blos gegen Versäumung von richterlichen sondern auch von gesetzlichen Fristen. Es ist also bei dem Stillschweigen der Art. 29 und 30 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege anzunehmen, daß Art. 70 auch auf gesetzliche Nothfristen analog angewendet werden könne (A. E. V. p. 562).

Es ist ein allgemein anerkannter Rechtssatz, daß Unkenntniß der Gesetze niemals im Rechte entschuldigt, daß vielmehr bei jedem handlungsfähigen Bürger vorausgesetzt werden darf und muß, daß er die Gesetze kenne. Kennt er sie nicht und unterläßt er es auch, sich am richtigen Orte zu erkundigen, so hat er es eben seiner eigenen Nachlässigkeit allein zuzuschreiben, wenn er in Nachtheil geräth (A. E. I. p. 533/4).

Art. **71.** Beharrt der Gegner des Impetranten auf seinem Widerspruche, so soll der Richter beide Parteien nebst den allfälligen Zeugen vor sich laden und nach Anhörung derselben den Zwischenstreit sofort beurtheilen.

Art. **72.** Gegen die im Art. 70 vorgeschriebene zehntägige Frist findet eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur statt, wenn der Impetrant durch unverschuldete Hindernisse von der Benutzung derselben abgehalten worden war und er das Gesuch innerhalb zehn Tagen, vom Wegfallen des Hindernisses an gerechnet, einreicht.

D. Feiertage.

Art. **73.** An Sonn- und Festtagen sind keine gerichtlichen Verhandlungen vorzunehmen.

Läuft eine Frist an einem solchen Tage aus, so kann die betreffende Handlung an dem nächstfolgenden Tage noch giltig vorgenommen werden.

Als Festtage gelten nur diejenigen, welche an dem Orte, wo das Verfahren stattfindet, gesetzlich anerkannt sind.

E. Einstellung des Rechtsstreites.

Art. **74.** Der Richter kann auf vereinigtes Gesuch der bei dem Prozesse handelnden Parteien für eine bestimmte Zeit, jedenfalls für höchstens sechs Monate, den Prozeß einstellen. Nach Ablauf dieser Zeit kann das Gesuch erneuert werden.

Die Einstellung des Prozesses für sechs Monate kann von dem Instruktionsrichter bewilligt werden und sie bedarf nicht der Bestätigung durch das gesammte Gericht.

Art. **75.** Wenn eine Partei handlungsunfähig wird, sowie wenn ihre Rechte z. B. durch Tod oder Konkurs auf Andere übergehen, so ist dem Vormund, den Erben, den Gläubigern u. s. f. eine Frist anzusetzen, um sich zu erklären, ob sie den Rechtsstreit fortführen, oder demselben entsagen wollen.

Cf. §§ 255 und 256 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

VI. Verzicht auf den Rechtsstreit.

Art. **76.** Der Verzicht auf den Rechtsstreit hat die Wirkung eines zum Nachtheile des Verzichtenden ausgefällten Urtheiles. Der Verzichtende hat auch alle Kosten zu bezahlen und die Gerichtsgebühr zu entrichten, wenn die Parteien nicht etwas Anderes hierüber festsetzen.

Art. **77.** Ein Verzicht mit dem Vorbehalte, später über die gleiche Streitfrage gegen die gleiche Person neue Klage zu erheben, ist nur zulässig, wenn der Beklagte die Einrede gestellt hat, daß die Klage zur Zeit noch nicht begründet sei, sowie auch, wenn der Kläger dieß freiwillig anerkennt und damit seinen bedingten Verzicht begründet.

Auch in diesen Fällen hat der Verzichtende seinen Gegner für die Kosten schadlos zu halten nnd die Gerichtsgebühr zu bezahlen.

In den in den Artikeln 76 und 77 bezeichneten Fällen läßt sich der Instruktionsrichter das Verzeichniß der Kosten nebst den erforderlichen Belegen einreichen und bestimmt dieselben nach Anhörung der Parteien und unter Vorbehalt der Beschwerdeführung nach Vorschrift des Art. 171.

Cf. § 318 Nr. 4 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. **78.** Streitigkeiten über Rechte, über welche den Parteien freie Verfügung zusteht, können von denselben auf beliebige Weise durch Vergleich für einstweilen oder für immer beigelegt werden.

Der Vergleich ist nicht eher giltig, bis er niedergeschrieben und von den Parteien oder ihren hiefür besonders bevollmächtigten Vertretern (Art. 38) unterzeichnet ist. Ein giltiger Vergleich ist einem rechtskräftigen Urtheile gleich zu achten.

Die Gerichtsgebühr wird von beiden Theilen gemeinsam getragen, wenn nicht durch den Vergleich etwas Anderes festgesetzt worden ist.

Bezüglich der Vergleiche cf. § 303 des zürcherischen Prozeßgesetzes. Ebenso ist auf den Anhang zu § 391 cit. hinzuweisen.

Fünfter Titel.

Von der Form der gerichtlichen Verhandlungen.

Art. **79.** Das Verfahren ist, soweit nicht das Gesetz schriftliche Eingaben fordert oder zuläßt, mündlich und öffentlich.

Art. **80.** Der Richter und die Parteien dürfen sich nach Belieben der drei Hauptsprachen der Schweiz (Art. 109 der Bundesverfassung) bedienen.

Nöthigenfalls sind die mündlichen Verhandlungen sowohl als die schriftlichen Eingaben durch einen von dem Richter zu ernennenden Sachverständigen zu übersetzen.

Cf. Art. 116 der jetzigen Bundesverfassung.

Art. **81.** Das Protokoll wird während der Gerichtssitzung und in Gegenwart der Parteien niedergeschrieben. Es enthält die Bezeichnung des Orts und der Zeit der Verhandlung, die Namen der sämmtlichen Personen, welche dabei in irgend einer

Eigenschaft mitgewirkt haben, die erheblichen thatsächlichen Behauptungen, die Rechtsbegehren der Parteien, die Aussagen der Zeugen und Experten und die Verfügungen des Richters.

Art. **82.** Das Protokoll wird den Personen, welche bei der Verhandlung thätig gewesen sind, vorgelesen und von denselben unterzeichnet. Verweigert Jemand die Unterschrift, so ist dieß und der Grund der Verweigerung, vorzumerken.

Art. **83.** Thatsächliche Berichtigungen, die bei der Verlesung des Protokolls gemacht werden, sind wörtlich und der Unterschrift des Betreffenden vorangehend aufzunehmen.

Art. **84.** Zweifel, welche bei Verlesung des Protokolls über die Richtigkeit desselben mit Hinsicht auf die Aussage eines Zeugen oder das Gutachten eines Sachkundigen entstehen, sind durch nochmalige Abhörung des Betreffenden zu heben. Die Erläuterungen, welche jede Partei mit Beziehung auf die von ihr selbst gehaltenen Vorträge beim Unterzeichnen des Protokolls demselben beifügt, sind aufzunehmen.

Soweit das Protokoll sich auf richterliche Verfügungen bezieht, kann es nur von dem Richter verbessert werden.

Nach der Unterzeichnung des Protokolls ist zu jeder Veränderung desselben die Einwilligung beider Parteien erforderlich.

Art. **85.** Die schriftlichen Eingaben werden von den Parteien oder ihren Vertretern unterzeichnet und nebst den Beilagen in dem Protokolle und in dem besonders hierüber zu führenden Register verzeichnet. Den Parteien ist für Alles, was sie einlegen, auf ihr Verlangen ein Empfangschein auszustellen.

Art. **86.** Akten, welche verloren gegangen sind, sollen, so viel als möglich, mittelst der in den Händen der Partei befindlichen Doppel und Abschriften wieder hergestellt werden. Die Kosten trägt derjenige, welchem der Verlust zur Last fällt.

Cf. § 168 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. **87.** Die von den Parteien eingelegten Akten dürfen erst nach Beendigung des Streites denselben oder ihren Vertretern gegen einen Empfangschein zurückgegeben werden. Während des Prozesses darf die Rückgabe von dem Richter nur aus besonderen Gründen und unter Anordnung der zur Verhütung von Nachtheilen nöthigen Maßnahmen bewilligt werden.

Cf. § 167 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. **88.** Die nach Beendigung des Streites zurückbleibenden Akten nebst den Empfangsbescheinigungen für die herausgegebenen und die Protokolle sind, chronologisch geordnet, zusammenzuheften und im Bundesarchive aufzubewahren.

Besonderer Theil.

Erster Titel.

Die Einleitung des Rechtsstreites.

Art. **89.** Die Klage wird schriftlich angehoben. Die Klagschrift bezeichnet in Kürze, aber genau:

a. die Parteien;

b. die Thatsachen, welche zur Begründung der Klage und zur Legitimation der Parteien gehören, mit Einschluß der im Art. 3 erwähnten ausländischen, kantonalen oder örtlichen Rechtsgrundsätze;

c. das Klagegesuch;

d. nöthigenfalls den Werth des Streitgegenstandes (Artikel 47 Ziffer 2 und 4 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege);

e. die genaue und spezielle Bezeichnung aller Beweismittel für die sub b erwähnten Thatsachen.

Klagschriften, welche sich auf Rechnungsverhältnisse beziehen, soll eine ausführliche Uebersicht des Soll und des Haben (ein Conto-Current) beigelegt werden.

Cf. ad § 331 ff. des zürcherischen Prozeßgesetzes. — An die Stelle des in Art. 89 litt. d erwähnten Zitates ist jetzt Art. 27 und 29 des gegenwärtigen Org.-Ges. zu setzen.

Auch die eidgenössische Praxis läßt Anerkennungsklagen zu. Das Bundesgericht drückt sich diesfalls (A. E. VII. p. 198/9) folgendermaßen aus: La procédure civile fédérale ne contient aucune disposition relative à la recevabilité de ces actions présentant un caractère exceptionnel. La question doit dès lors être résolue conformément aux principes généraux du droit. A teneur de ces principes, de semblables actions préjudicielles sont admises, dans la règle, lorsque le demandeur justifie d'un intérêt juridique à ce que le rapport de droit dont il s'agit soit immédiatement déterminé par sentence du juge (§ 231 de la procédure civile allemande, *Seuffert*, Archives XIII. Nr. 19; XXIV. Nr. 211). En même temps, la recevabilité d'une pareille action dépend de l'appréciation du juge sur la question de savoir s'il est, dans le moment actuel, possible de déterminer définitivement le rapport de droit en question. — Cf. erste Abtheilung p. 71 ff.

Art. **90.** Die Klagschrift, nebst den allfälligen Beilagen, wird in Streitigkeiten zwischen mehreren Kantonen oder zwischen dem Bund und einem Kanton durch Vermittlung des Bundesrathes, in allen andern Fällen unmittelbar dem Präsidenten des Bundesgerichtes eingereicht (Art. 101 der Bundesverfassung) und derselben ein Doppel beigelegt, welches durch den Bundesrath und beziehungsweise durch den Präsidenten des Bundesgerichtes den Beklagten zugestellt wird.

Art. **91.** Die Zustellung der Klagschrift an den Beklagten berechtigt diesen zur Widerklage, macht ihn des Verzugs schuldig,

entzieht ihm die freie Verfügung über den Streitgegenstand und unterbricht jede Verjährung und Ersitzung.

Cf. ad § 219 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. **92.** Der Beklagte kann bei derjenigen Stelle, von welcher ihm die Klagschrift mitgetheilt worden ist, innerhalb drei Wochen, vom Empfange derselben an gerechnet, die Zuständigkeit des Bundesgerichtes bestreiten.

Les articles 92 et suivants visant un état de choses passé ont cessé dès lors d'être en vigueur en application des art. 2 des dispositions transitoires de la Constitution de 1874 et 64 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale (cf. Art. 110 und 113 der B.-V.). Il peut toutefois s'élever, sous le régime de l'organisation judiciaire actuelle, des conflits de compétence entre autorités fédérales, à trancher par l'Assemblée fédérale aux termes de l'art. 85, § 13 de la Constitution: c'est le cas prévu à l'art. 56, alinéa 3 de la loi sur l'organisation judiciaire, où il s'agit des contestations entre le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral sur la question de savoir si un cas est du ressort de l'une ou de l'autre de ces autorités. Mais il résulte, soit de la nature des choses, soit de la teneur même des articles susmentionnés, qu'un tel conflit ne peut pas surgir en matière de différends de droit civil réservés sans restriction par l'art. 110 de la Constitution à la connaissance du Tribunal fédéral, et que ce conflit n'est possible que dans la sphère du droit public, terrain sur lequel se rencontrent les compétences du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral.

Pour qu'un conflit de compétence naisse entre ces deux autorités fédérales, il faut donc nécessairement l'existence de deux conditions, à savoir:

a) que le Conseil fédéral prétende qu'un litige pendant devant le Tribunal fédéral se caractérise comme une contestation de droit public, ne rentrant point dans celles prévues aux art. 56 et suivants de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, soit comme une des contestations administratives réservées expressément à la compétence du Conseil fédéral, soit de l'Assemblée fédérale par l'art. 59 de la même loi.

   Aussi voyons-nous que les conflits de compétence entre le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral, — conflits dont l'Assemblée fédérale a à connaître aux termes de l'art. 85, § 13 de la Constitution actuelle, — ne sont mentionnés que dans le chapitre des contestations de droit public (art. 56);

b) que l'une et l'autre des autorités fédérales, exécutive et judiciaire, se prétendent compétentes pour résoudre le même litige et qu'elles aient chacune formulé cette prétention dans une décision spéciale.

Cf. A. E. III. p. 789/90, III. p. 281/2, V. p. 559, IV. p. 314.

Art. **93.** Im Falle eines Kompetenzstreites werden die Akten dem Kläger zurückgestellt und demselben überlassen, den Entscheid der Bundesversammlung anzurufen.

Cf. ad Art. 92. Auch Art. 6 des Gesetzes betreffend den Gerichtsstand für Zivilklagen des Bundes und gegen ihn hatte die Bundesversammlung zum Entscheide der Kompetenzfrage bestimmt.

Cf. nunmehr B.-V. von 1874, Art. 113 Ziffer 1.

Art **94.** Auf Verlangen einer Partei kann der Präsident des Bundesgerichtes den Werth des Streitgegenstandes, wenn der=

selbe für die Feststellung des Gerichtsstandes von Bedeutung ist (Art. 47 des Gesetzes der Organisation der Bundesrechtspflege), durch Sachverständige ausmitteln lassen und deren Befinden der Bundesversammlung zustellen.

Zinsen und Prozeßkosten werden dabei nicht berücksichtigt. Jährliche Nutzungen sind nach dem zwanzigfachen Durchschnittsertrage zu kapitalisiren.

An die Stelle des in Art. 94.1 gemachten Zitats sind jetzt die Artikel 27 und 29 des gegenwärtigen Org.-Ges. getreten.

Art. **95.** Wenn die Kompetenz des Bundesgerichtes innerhalb der Frist von drei Wochen (Art. 92) nicht bestritten, oder durch die Bundesversammlung anerkannt worden ist, so beauftragt der Präsident des Bundesgerichtes ein Mitglied desselben mit der Leitung des Vorverfahrens und macht den Parteien davon Mittheilung.

Art. **96.** Der Instruktionsrichter bestellt seinen Sekretär selbst.

Zweiter Titel.

Das Vorverfahren.

Art. **97.** Der Instruktionsrichter soll durch Feststellung des thatsächlichen Streitverhältnisses und Abnahme des Beweises das Verfahren vor dem ganzen Gerichte so weit vorbereiten, daß dasselbe in Einer ununterbrochenen Verhandlung zu Ende geführt werden kann.

Die Instruktion der bundesgerichtlichen Prozesse findet nach sehr verschiedenartigen Maximen statt.

In einem Prozesse behauptete die beklagte Partei, sie sei nicht verpflichtet auf die Materie einzutreten, weil die Requisite eines Zivilprozesses nicht vorliegen. Es frug sich, ob diese Einrede zum Gegenstande eines Vorurtheils (exception préjudicielle) gemacht werden dürfe. Das Bundesgericht drückt sich (A. E. VII. p. 196 und 197) dahin aus: Cette exception n'est pas, il est vrai, péremptoire, à teneur de la loi sur la procédure civile fédérale; celle-ci en effet ne reconnaît à ses art. 92 à 95 comme telle que l'exception d'incompétence (cf. A. E. II. p. 512 ff., III. p. 780 ff., IV. 464 ff., V. 186 ff.).

C'est un principe de procédure généralement admis, conforme au prescrit de l'art. 45 de la procédure civile fédérale et également appliqué dans les art. 121, 129 et 146 ibid. qu'aussitôt que l'état du dossier du litige le permet, il y a lieu de prononcer le jugement définitif, sans qu'il soit nécessaire d'ordonner une procédure probatoire sur des faits non-décisifs. On pourrait même sans inconvénient majeur en présence de l'organisation actuelle du Tribunal fédéral, faire de certaines exceptions l'objet d'un jugement préliminaire, à la condition que ces exceptions préjugent les autres et que leur admission puisse avoir pour conséquence de rendre inutile une procédure probatoire longue et coûteuse. Tandis en effet qu'un semblable mode de procéder aurait pu sous l'empire de l'ancienne organisation du Tribunal fédéral, telle qu'elle existait lors de la mise en vigueur de la procédure civile fédérale, contribuer à prolonger le procès, il ne saurait aujourd'hui avoir la même conséquence; bien au contraire, selon les circonstances il serait de nature à en activer le dénouement, et doit être dès lors suivi, aussi bien par ce motif qu'en évitation de frais dans l'intérêt bien entendu des deux parties.

Erstes Kapitel.

Von der Feststellung des thatsächlichen Streitverhältnisses.

Art. **98.** Der Instruktionsrichter bestimmt vor Allem dem Beklagten einen Tag, um an demselben oder bis zu demselben

a. allfällige Zwischengesuche aufzuwerfen;

b. über Anerkennung oder Nichtanerkennung der Haupt- und Nebengesuche des Klägers und der zur Begründung derselben angeführten thatsächlichen Verhältnisse (Art. 89, b) sich bestimmt und unumwunden zu erklären;

c. seine sämmtlichen Einreden und die thatsächlichen Gründe derselben vorzubringen und

d. alle Beweismittel für seine Einreden genau und speziell zu bezeichnen;

e. eine allfällige Widerklage zu erheben.

Neue Einreden können in der spätern mündlichen Verhandlung nicht mehr nachgebracht werden (A. E. VII. p. 405).

Wie verhält es sich mit Einreden, die in den Rechtsschriften erörtert, aber in der Verhandlung nicht mehr zur Sprache gebracht wurden? Ein Verzicht ist nicht ohne Weiteres anzunehmen.

Art. **99.** Für Versäumung der Frist oder des Rechtstages sind folgende Nachtheile anzudrohen:

a. Wegen Verspätung eines Zwischengesuches oder einer Einrede kann dem Beklagten die Bezahlung der dadurch verursachten Kosten und eine Ordnungsstrafe aufgelegt werden;

b. die während der Frist oder am Rechtstage nicht bestrittenen thatsächlichen Behauptungen des Klägers gelten als anerkannt;

c. die von den Parteien gar nicht oder nicht deutlich bezeichneten Beweismittel sind auszuschließen, mit Vorbehalt der Bestimmungen der Art. 164 und 165;

d. nach Ablauf der Frist oder des Rechtstages ist die Anhebung einer Widerklage unzulässig.

Art. **100.** Der Kläger ist anzuhalten, an dem Rechtstage oder innerhalb einer ihm hiefür anzusetzenden Frist über die der Antwort des Beklagten zum Grunde liegenden Thatsachen sich auszusprechen, in der Meinung, daß alle Behauptungen, die er nicht ausdrücklich (und zwar jede besonders) bestreiten würde, als anerkannt gelten sollen.

Cf. A. E. III. p. 148.

Art. **101.** Wenn der Kläger zwar eine Einrede des Beklagten als richtig zugesteht, allein die Wirkung derselben durch eine Replik zu entkräften sucht, so hat der Beklagte sich über die der Replik zum Grunde liegenden Thatsachen auf gleiche Weise auszusprechen, wie der Kläger über die Einrede des Beklagten.

Das von den Einreden, Repliken u. s. f. Gesagte gilt beziehungsweise auch von Quadrupliken u. s. f. Mit dem Vorbringen der Repliken, Dupliken u. s. w. sind die zu deren Begründung dienenden Beweismittel ebenso zu verbinden, wie bei der Klage und Antwort (Art. 89 e, 98 d, 99 c).

Art. **102.** Die Widerklage wird in der Regel in abgesondertem Verfahren ganz auf gleiche Weise behandelt, wie die Hauptklage.

Wenn vor dem Instruktionsrichter mündlich verhandelt wird, so sollen die Verhandlungen mit Beziehung auf Klage und Widerklage so viel als möglich an den gleichen Tagen stattfinden.

Bei ganz einfachen Sachen ist eine vereinigte Behandlung beider zulässig.

Zweites Kapitel.

Von dem Beweisverfahren.

Art. **103.** Sobald feststeht, welche Thatsachen zugestanden und welche bestritten sind, leitet der Richter mit Beziehung auf die letztern das Beweisverfahren ein.

Art. **104.** Als zugestanden gilt jede Thatsache, welche von der einen Partei im Laufe des Prozesses vor dem Gerichte behandelt und von der andern nicht ausdrücklich bestritten worden ist.

Beschränkungen und Zusätze, welche eine Partei ihrem Geständnisse beifügt, dürfen von demselben nicht getrennt werden, außer wenn sie die Bedeutung einer Einrede (Schutzbehauptung) haben.

I. Die Beweismittel.

A. Das Geständniß.

Art. **105.** Ein erwiesenes außergerichtliches Geständniß, welches gegenüber der Gegenpartei oder einem Vertreter derselben, in der Absicht, die betreffende Thatsache außer Zweifel zu setzen, durch unzweideutige Worte abgelegt worden ist, hat die gleiche Wirkung, wie eine vor Gericht abgegebene Erklärung.

Fehlt eines der bezeichneten Erfordernisse, so würdigt das Gericht eine solche außergerichtliche Aeußerung nach freiem Ermessen.

Cf. § 363 des zürcherischen Zivilprozesses.

B. Urkunden.

Art. **106.** Urkunden, welche von einem öffentlichen Glauben genießenden Beamten, in Sachen seines Amtes und innerhalb der Schranken desselben in gesetzlicher Form abgefaßt sind, bilden vollen Beweis gegen Jedermann.

Cf. § 409 ff. des zürcherischen Zivilprozesses und speziell § 430.

Art. **107.** Privaturkunden bilden gegen den Aussteller ebenfalls vollen Beweis.

Auch dritte Personen, welche als Rechtsnachfolger oder in anderer Eigenschaft für die Handlungen des Ausstellers zu haften haben, werden durch dessen Unterschrift gebunden; es wäre denn, daß ein arglistiges Einverständniß zwischen dem Aussteller und demjenigen, zu dessen Gunsten die Urkunde lautet, zum Nachtheile jener dritten Personen, wahrscheinlich gemacht werden könnte.

Art. **108.** Zum Vortheile des Ausstellers beweist eine in dessen Händen liegende Urkunde in der Regel nichts.

Ausnahmsweise wird die Beweiskraft ordentlich geführter Bücher von dem Richter nach freiem Ermessen gewürdigt.

Art. **109.** Urkunden dritter Personen verdienen um so mehr Glauben, je unbescholtener und unbefangener der Aussteller ist, und je mehr er sich in der Lage befunden hatte, die in Frage stehenden Verhältnisse genau zu kennen.

Schriftliche Zeugnisse jedoch, welche von Privatpersonen, die mündlich abgehört werden könnten, für den Prozeß ausgestellt worden sind, sollen nicht berücksichtigt werden.

Art. **110.** Urkunden sollen dem Richter in der Urschrift vorgelegt werden.

Der Urschrift steht gleich:

a) eine von dem Betheiligten anerkannte Abschrift;

b) eine von dem zuständigen Beamten aus öffentlichen Büchern oder Registern ausgezogene und beglaubigte Abschrift.

Art. **111.** Ist es dem Beweisführer ohne seine Schuld unmöglich, die Urkunde selbst beizubringen, so kann eine gehörig beglaubigte Abschrift deren Stelle vertreten, sofern die Echtheit der Unterschriften unbestritten ist oder besonders nachgewiesen wird.

Art. **112.** Jede Urkunde muß vollständig, und wenn sie sich auf eine andere bezieht, in Verbindung mit der letztern vorgelegt werden.

Art. **113.** Die Echtheit einer öffentlichen Urkunde (Art. 106) wird, im Falle Widerspruchs, durch das Zeugniß der zuständigen Behörde festgestellt.

Art. **114.** Die Echtheit von Privaturkunden, welche seit wenigstens zehn Jahren in einem öffentlichen Archive sich befunden haben, oder ihrem Datum und ihrer übrigen Beschaffenheit nach höchst wahrscheinlich über vierzig Jahre alt sind, wird vermuthet.

Beglaubigte Abschriften begründen unter der gleichen Voraussetzung die Vermuthung des frühern Vorhandenseins einer gleichlautenden Urschrift, und unbeglaubigte Abschriften können unter jenen Voraussetzungen wenigstens ein Indicium hiefür bilden.

Art. **115.** Die Echtheit der Unterschrift einer Privaturkunde begründet die Rechtsvermuthung der Echtheit des über der Unterschrift stehenden Inhaltes und des Datums.

Wenn jedoch mit diesen letztern Bestandtheilen der Urkunde Veränderungen vorgenommen worden sind, welche der Beweisgegner nicht anerkennen will, so gilt der ursprüngliche Inhalt der Schrift, und wenn derselbe nicht mehr auf zuverlässige Weise ausgemittelt werden kann, so verliert die Urkunde ihre Beweiskraft.

Art. **116.** Die Echtheit einer bestrittenen Urkunde wird festgestellt:

1. durch den Beweis, daß der Gegner dieselbe außergerichtlich anerkannt habe;
2. durch Zeugen, welche der Unterzeichnung der Urkunde beigewohnt haben;
3. bei Urkunden, die von einem Dritten ausgestellt sein sollen, durch dessen Anerkennung;
4. durch Schriftvergleichung.

Art. **117.** Fehlt es an Schriften zur Vergleichung, so kann die Person, welche die bestrittene Urkunde ausgestellt haben soll, durch angemessene Androhungen genöthigt werden, in Gegenwart des Richters oder der Sachverständigen einen ihr vorzusprechenden Aufsatz niederzuschreiben.

Art. **118.** Jede Partei ist schuldig, auf Verlangen des Gegners Urkunden, welche sich auf den Prozeß beziehen, vorzulegen oder zu beschwören, daß sie dieselben weder wirklich besitze, noch den Besitz absichtlich zum Nachtheile des Gegners aufgegeben habe, noch wisse, wo sie sich gegenwärtig befinden.

Art. **119.** Dritte Personen sind bei Vermeidung der einem ungehorsamen Zeugen angedrohten Nachtheile (Art. 134) ebenfalls verbunden, entweder den soeben bezeichneten Eid zu leisten, oder die in ihren Händen befindlichen Urkunden vorzulegen, oder zu sagen, wo sich dieselben befinden.

Doch unterliegt diese Verbindlichkeit den gleichen Beschränkungen, wie die Pflicht, Zeugniß abzulegen (Art. 133 und 136).

Die Partei, welche auf die Urkunde sich beruft, hat den Inhaber derselben in jeder Beziehung schadlos zu halten und die Kosten des dießfälligen Verfahrens vorläufig vorzuschießen.

Stellen einer solchen Urkunde, welche sich nach der eidlichen Versicherung des Inhabers oder nach der eigenen Wahrnehmung des Richters nicht auf den Prozeß beziehen, dürfen zwar nicht zerstört, wohl aber verdeckt werden.

Art. **120.** Das von den schriftlichen Urkunden Gesagte findet, so weit die Natur der Sache es gestattet, auch auf Denkmäler anderer Art (Grenzzeichen, Gedächtnißtafeln, Denkmünzen u. s. f.) Anwendung.

C. Augenschein und Sachverständige.

Art. **121.** Zur Beaugenscheinigung von Gegenständen, deren Beschaffenheit möglicher Weise für die Beurtheilung des Rechtsstreites von Bedeutung ist und die sich nicht leicht von der Stelle bewegen lassen, verfügt sich der Richter von Amts wegen, oder auf den Antrag einer Partei, an den Ort, wo dieselben sich befinden.

Cf. § 392 und 393 und 394 ff. des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. **122.** Ueber die Augenscheinsverhandlung und die Ergebnisse derselben wird ein genaues Protokoll aufgenommen (Art. 81) und dasselbe nöthigenfalls durch Zeichnungen oder Modelle verdeutlicht.

Art. **123.** Zur Einnahme des Augenscheins und auch sonst, so oft es sich um Thatsachen handelt, deren Wahrnehmung oder Beurtheilung besondere Fachkenntniß voraussetzt, kann der Richter von Amts wegen oder auf Antrag einer Partei, Sachkundige zuziehen und zwar in der Regel drei, wenn die Parteien sich nicht auf eine geringere Zahl verständigen.

Art. **124.** Der Richter ernennt die Sachverständigen. Niemand soll ernannt werden, dem die nöthigen Fachkenntnisse abgehen, oder der als Richter verworfen werden könnte (Organisation der Bundesrechtspflege Art. 56 und 57).

Protestationen gegen Expertenvorschläge müssen wenigstens bescheinigt sein, namentlich wenn eine Frist zur Erhebung begründeter Einsprachen angesetzt war (A. E. I. p. 534/5).

Anstatt der zitirten Art. 56 und 57 kommen jetzt in Anwendung Art. 16—18 des neuen Organisationsgesetzes.

Art. **125.** Niemand ist verpflichtet, einem solchen Rufe Folge zu leisten. Wer aber einmal den Auftrag angenommen hat, kann durch succeſſiv zu steigernde Ordnungsbußen genöthigt werden, denselben gehörig zu erfüllen.

Art. **126.** Der Auftrag ist den Sachverständigen schriftlich und genau zu ertheilen. Auf Verlangen einer Partei kann ihnen, wenn sie nicht ohnehin für Ausübung ihres Berufes beeidigt sind, der Eid abgenommen werden:

„daß sie den ihnen ertheilten Auftrag gewissenhaft erfüllen „und dabei Niemanden weder zu lieb noch zu leid handeln wollen".

Art. **127.** Die Sachverständigen geben ihr Gutachten nebst den Gründen desselben entweder schriftlich zu den Akten, oder mündlich zu Protokoll ab.

Das Gericht würdigt das Gutachten nach freiem Ermessen.

Cf. ad § 408 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. **128.** Das Gericht kann das Gutachten, wenn dasselbe ungenügend ist, durch die gleichen Sachverständigen ergänzen lassen, oder auch neue Experte ernennen.

Derartige Gesuche können nur bei der Schlußverhandlung (cf. Art. 178) erörtert und nach Anhörung beider Parteien entschieden werden (A. E. I. p. 535/6 und 537). De lege ferenda wäre es wohl angezeigt, zu bestimmen, daß darüber lediglich ein Schriftenwechsel stattfinden und hernach das Gericht Beschluß — ohne Plädoyers — fassen würde. — Cf. A. E. VI. p. 251/2. Oberexpertisen sind nur zuläßig, wenn die Gutachten ungenügend, unklar oder widersprechend sind.

D. Zeugen.

Art. **129.** Ueber unerhebliche Thatsachen sind keine Zeugen abzuhören.

Cf. betreffend Zeugenbeweis § 364 ff. des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. **130.** Gegen den klaren Inhalt einer von den Betheiligten über ein Rechtsgeschäft errichteten Urkunde ist kein Zeugenbeweis zulässig.

Eine Ausnahme von dieser Regel findet jedoch statt:

a) zum Nachweis der Handlungsunfähigkeit, der mangelnden Einwilligung, des Betrugs oder der Gewalt;

b) zum Ersatze einer später mit Beziehung auf das gleiche Rechtsgeschäft errichteten und verloren gegangenen Urkunde;

c) zur Ergänzung späterer Urkunden, die darauf hinweisen, daß die zuerst errichtete abgeändert worden ist.

Art. **131.** Die Glaubwürdigkeit der Zeugen und ihre Aussagen würdigt der Richter nach freiem Ermessen.

Cf. ad § 388 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. **132.** Unfähig zur Ablegung eines Zeugnisses und daher von Amts wegen auszuschließen sind:

1. Blödsinnige und Geisteskranke;
2. Personen, denen die zu der in Frage liegenden Wahrnehmung oder zu deren Mittheilung erforderlichen Sinnesorgane fehlen;
3. Kinder, welche das vierzehnte Altersjahr noch nicht angetreten haben.

Auf den Antrag des Beweisgegners sind auszuschließen:

1. die nächsten Verwandten des Produzenten, nämlich die Ascendenten und Descendenten (inbegriffen deren Ehegatten), Geschwister, Schwäger und Schwägerinnen;
2. criminell Beurtheilte.

Art. **133.** Geistliche, Aerzte und Rechtsbeiständе sollen über Geheimnisse, welche ihnen vermöge ihres Amtes oder Berufes anvertraut worden sind, nicht einvernommen werden.

Art. **134.** Ein Zeuge, der einer an ihn erlassenen Vorladung ohne Entschuldigung kein Genüge leistet, ist zur Bezahlung einer Ordnungsstrafe und zum Ersatze der durch sein Ausbleiben verursachten Kosten zu verurtheilen. Ueberdieß kann eine Realzitation an ihn erlassen werden.

Art. **135.** Weigert sich Jemand ohne gesetzlichen Grund, Zeugniß abzulegen oder den Zeugeneid zu leisten, so ist er verpflichtet, dem Beweisführer den durch die Weigerung verursachten Schaden zu ersetzen. Bei der Berechnung des Schadens soll das Gericht von der Vermuthung ausgehen, daß das verweigerte Zeugniß zu Gunsten des Beweisführers ausgefallen wäre.

Art. **136.** Zum Zeugniß gegen den Produkten nicht verpflichtet, mithin von den Art. 134 und 135 ausgenommen sind:

1. die nächsten Verwandten desselben, nämlich Ascendenten und Descendenten (inbegriffen deren Ehegatten), sowie Geschwister, Schwäger und Schwägerinnen;
2. diejenigen Personen, deren Ehre oder Rechte durch ihre Aussage gefährdet würden.

Art. **137.** Jedem Zeugen ist auf sein Verlangen die Entschädigung, auf welche er Ansprüche hat, vorauszubezahlen.

Art. **138.** Um Abhörung von Zeugen, welche im Auslande wohnen, wird das zuständige fremde Gericht ersucht.

Alle andern Zeugen werden entweder durch den Instruktionsrichter selbst, oder, auf seine Anordnung hin, durch das betreffende kantonale Gericht (das Gericht des Wohnortes des Zeugen) einvernommen.

Art. **139.** Die Einvernahme findet da, wo das Vorverfahren überhaupt vor sich geht, oder am Sitze des requirirten Gerichtes statt.

Zeugen, die durch besondere Ursachen verhindert sind, vor dem Richter zu erscheinen, können in ihrer Wohnung abgehört werden. Auch ist es gestattet, eine solche Verhandlung, wenn es zu besserem Verständniß der Zeugenaussagen dient, an den Ort, auf welchen sich dieselben beziehen, zu verlegen.

Art. **140.** Den Parteien ist, wenn immer möglich, Gelegenheit zu geben, der Abhörung der Zeugen beizuwohnen.

Sie sind berechtigt, sowohl zum Voraus die Punkte zu bezeichnen, über welche sie von den Zeugen Aufschluß zu erhalten wünschen, als auch nachträgliche Fragen, über deren Zulässigkeit immerhin der Richter entscheidet, an dieselben stellen zu lassen.

Art. **141.** Der Richter macht die Zeugen, unter Vorlesung des Zeugeneides, darauf aufmerksam, daß sie ihre Aussagen zu beschwören haben, und verhört hierauf dieselben und zwar jeden besonders und in Abwesenheit der übrigen. Außer dem Richter (beziehungsweise dem Gerichtspräsidenten) darf Niemand unmittelbar die Zeugen befragen.

Art. **142.** Die Zeugenaussagen werden ihrem wesentlichen Inhalte nach zu Protokoll genommen, den Abgehörten vorgelesen nnd von denselben unterzeichnet (Art. 81 u. f.)

Art. **143.** Nach beendigter Einvernahme sollen die Zeugen, auf Verlangen einer Partei, folgenden Eid leisten:

„Die mir vorgelegten Fragen habe ich der Wahrheit gemäß „beantwortet und nichts, was mir bekannt ist, verschwiegen. „Dieses schwöre ich bei Gott dem Allwissenden, so wahr ich „wünsche, daß mir seine Gnade helfen möge.“

Wenn nach der Religion, zu welcher der Zeuge sich bekennt, die Wirksamkeit des Eides durch besondere äußere Formen bedingt ist, so sollen diese beobachtet werden.

De lege ferenda ließe es sich fragen, ob die Eidesleistung nicht vor der Einvernahme stattfinden sollte. Auch hierfür ließen sich erhebliche Motive vorbringen.

Art. **144.** Bei Personen, welche einer Religionspartei angehören, nach deren Glaubensbekenntniß der Eid unerlaubt ist, tritt an dessen Stelle die nach dem betreffenden Glaubensbekenntnisse dem Eide gleich geltende feierliche Bekräftigung.

Art. **145.** Oeffentliche Beamte dürfen ein Zeugniß, welches sich auf ihre Protokolle oder Akten gründet, schriftlich ablegen und brauchen dasselbe nicht zu beschwören.

E. Von der Eideszuschiebung.

Art. **146.** Mit Beziehung auf jede erhebliche und bestrittene Thatsache, für welche der Beweisführer kein anderes Beweismittel benutzt, kann derselbe seinem Gegner den Eid zuschieben. Doch darf der Vorwurf eines Verbrechens oder Vergehens nie zum Gegenstande eines Eides gemacht werden. Auch ist es nicht gestattet, den Eid einer Person zuzuschieben, die wahnsinnig oder geistesschwach oder stumm ist, oder das sechszehnte Altersjahr noch nicht zurückgelegt hat.

Nach den Erfahrungen, die wir im Kanton Zürich ohne den Eid gemacht haben, darf man wohl sagen, daß die Abschaffung dieses Beweismittels ohne erheblichen Nachtheil stattfinden könnte. Man kann auch der Ansicht sein, daß die B.-V. den Eid überall nicht mehr zulasse (cf. ad § 474 des zürcherischen Prozeßgesetzes).

Art. **147.** Der Beweisführer darf den Eid keinem Dritten, sondern nur seinem Gegner zuschieben und dieser hat denselben auch selbst zu schwören. Doch erleidet diese Regel folgende Ausnahmen und Modifikationen:

1. Der Beweisführer kann den Eid nach Belieben dem Vormunde oder dem Mündel, sofern dieser eidesfähig ist, zuschieben;

2. Für Korporationen schwören diejenigen zwei Vorsteher, welche der Beweisführer zu bezeichnen hat;
3. Von mehreren Streitgenossen schwört jeder für sich (Art. 7), doch genügt der Eid eines einzigen in Verhältnissen, in denen er durch seine Handlungen die andern verpflichtet.

Art. **148.** Die Partei, welcher der Eid zugeschoben wird, kann denselben entweder leisten oder zurückschieben, oder den Beweis für das Gegentheil übernehmen.

Thut sie weder das eine noch das andere, so gilt die von ihrem Gegner behauptete Thatsache als wahr.

Art. **149.** Die Partei, welche den (zugeschobenen oder zurückgeschobenen) Eid zu leisten hat, wird auf gleiche Weise verhört und beeidigt, wie ein Zeuge (Art. 138 bis 144). Mit Beziehung auf ihre eigenen Handlungen darf sie kein Nichtwissen vorschützen, und wenn sie andere Thatsachen nicht zu wissen behauptet, so soll sie überdies schwören, daß sie sich beflissen habe, die Wahrheit zu erforschen, und daß ihr dessenungeachtet nichts Anderes darüber bekannt sei, als was sie ausgesagt habe.

Art. **150.** Thatsachen, über welche sich der Schwörende, der Vorschrift des vorhergehenden Artikels entgegen, auf unbestimmte oder ausweichende Art ausgesprochen hat, werden als zugestanden betrachtet.

Sonst sind die Aussagen des Schwörenden als rechtlich wahr zu betrachten und es ist ein Gegenbeweis nicht zulässig.

F. Vom zusammengesetzten Beweise.

Art. **151.** Beweise, welche durch Anzeigen (Indizien) geführt werden, würdigt der Richter nach freiem Ermessen, mit Vorbehalt jedoch der durch das Gesetz aufgestellten Vermuthungen.

Art. **152.** Jede einzelne Anzeige ist nach den gleichen Vorschriften festzustellen, wie diejenigen Thatsachen, auf welche die Klage oder Vertheidigung unmittelbar gestützt wird.

G. Vom Ergänzungs- oder Entkräftungseide.

Art. **153.** Wenn eine bestrittene und erhebliche Thatsache durch Zeugen, Urkunden oder Anzeigen nicht zur vollen Ueberzeugung des Gerichts gebracht, sondern bloß bis zu einem gewissen Grade wahrscheinlich gemacht worden ist, so kann zwar nicht der Instruktionsrichter, wohl aber das Gericht selbst von Amts wegen oder auf Antrag einer Partei zur Ergänzung oder Entkräftung des geführten Beweises dem Beweisführer oder dem Gegner desselben den Eid auflegen.

Art. **154.** Der Eid wird auf gleiche Weise geleistet, wie der zugeschobene Eid (Art. 148).

H. Allgemeine Vorschriften.

Art. **155.** Jedes nicht bloß bezeichnete, sondern wirklich zu den Akten erhobene Beweismittel kann von beiden Parteien gleichmäßig benutzt werden.

Art. **156.** Wenn ein Beweismittel durch Verschulden des Beweisgegners verloren geht, so ist, abgesehen von einem unter Umständen zulässigen Strafverfahren, der durch dasselbe angebotene Beweis als geführt zu betrachten.

II. Das Beweisverfahren.

A. Die Antretung des Beweises.

Art. **157.** Vor Allem bezeichnet der Richter den Tag, bis zu welchem oder an welchem die Parteien die ihnen zur Unterstützung der eigenen Behauptungen oder zur Entkräftung der Angaben des Gegners zu Gebote stehenden Beweismittel beizubringen haben.

Dabei ist der Ausschluß der nicht rechtzeitig beigebrachten oder beziehungsweise benannten Beweismittel anzudrohen.

Art. **158.** Schriften, welche der Beweisführer selbst besitzt, überreicht er dem Richter (Art. 110, 111), Urkunden, welche sich in den Händen des Gegners oder eines Dritten befinden, bezeichnet er so genau als möglich und stellt das Begehren, daß der Richter die Vorlegung derselben verfüge.

Einem solchen Gesuche entspricht der Richter sogleich unter Hinweisung auf die Art. 118 und 119 und unter passenden Androhungen.

Art. **159.** Der Zeugenbeweis wird durch genaue Benennung der Zeugen und Bezeichnung der durch sie festzustellenden Thatsachen angetreten.

Cf. § 364 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. **160.** Wer die Einnahme des Augenscheines oder die Zuziehung von Sachverständigen wünscht, soll sich auf diese Beweismittel beziehen und deren Gegenstand und Zweck bezeichnen.

Art. **161.** Wer seiner Gegenpartei den Eid zuschieben will, bezeichnet die zu beschwörenden Thatsachen und die Personen, welche den Eid leisten sollen (Art. 147).

B. Zwischenverhandlungen.

Art. **162.** Nach Ablauf der für die Antretung des Beweises festgesetzten Zeit ladet der Richter die Parteien unter Androhung der in den Art. 62 und 166 bezeichneten Nachtheile auf einen bestimmten Rechtstag vor sich, um über die eingereichten oder vorläufig angekündigten Beweismittel verhandeln zu lassen. Wenn für die Antretung des Beweises keine Frist, sondern ein bestimmter Tag angesetzt worden war (Art. 50 und 51), so

kann die Verhandlung über die eingereichten oder vorläufig angekündigten Beweismittel je nach Umständen am gleichen Tage vorgenommen oder auf einen folgenden Rechtstag verschoben werden. Zu dieser Verhandlung sind auf Verlangen der betreffenden Partei auch dritte Personen vorzuladen, welche den Besitz einer ihnen abgeforderten Urkunde läugnen oder deren Herausgabe verweigern (Art. 119).

Art. **163.** An dem Rechtstage hat sich jede Partei über die Echtheit der von ihrem Gegner beigebrachten Urkunden auszusprechen. Dem Letztern steht es frei, für die bestrittenen Punkte den Beweis (Art. 113—116) sofort anzutreten, oder sich eine Frist hiefür ansetzen zu lassen.

Art. **164.** Auch über die Erheblichkeit der Thatsachen, für welche Beweis anerboten worden ist, sowie über die Zulässigkeit der angerufenen Beweismittel sollen die Parteien, so weit sie nicht einig gehen, sich gegenseitig am Rechtstage erklären.

Mit Beziehung auf die Persönlichkeit allfälliger Zeugen sind nicht bloß die Gründe der Unfähigkeit (Art. 132), sondern auch alle die Glaubwürdigkeit derselben schwächenden Verhältnisse anzuführen und nöthigenfalls entweder sofort oder innerhalb einer hiefür auszubittenden Frist zu beweisen.

Solche Zeugen kann der Beweisführer zurückziehen und durch andere ersetzen, sofern er die Unmöglichkeit nachweist, dieselben früher zu bezeichnen.

Art. **165.** Ueberhaupt kann Jeder, dem ein bereits angerufenes Beweismittel verloren gegangen ist, in diesem Stadium des Verfahrens noch dasselbe durch ein anderes ersetzen und Beweismittel, die er laut seiner eidlichen Versicherung erst nach Ablauf der für die Antretung des Beweises bestimmten Zeit entdeckt hat, noch bis zum Schlusse des Vorverfahrens geltend machen.

Art. **166.** Wer die formellen Mängel des von der Gegenpartei beigebrachten oder angebotenen Beweises nicht rechtzeitig nach Maßgabe der vorhergehenden Artikel rügt, kann sich später nicht mehr auf dieselben berufen.

C. Die Abnahme des Beweises.

Art. **167.** Der Richter bezeichnet, unter Angabe der Gründe, die Beweismittel, welche er für zulässig erachtet, so wie diejenigen, welche er verwerfen zu müssen glaubt. Die erstern erhebt er nach Anleitung der Art. 105—152 sofort zu den Akten. Jedoch darf der Eid einer Partei im Vorverfahren nur unter der Voraussetzung abgenommen werden, daß weder über die Zulässigkeit dieses

Beweismittels an sich, noch über die Person des Schwörenden ein Streit obwalte.

D. Beweis zum ewigen Gedächtniß.

Art. **168.** Der Instruktionsrichter kann auf Verlangen einer Partei in jedem Stadium des Vorverfahrens Zeugen oder Sachverständige abhören oder den Augenschein einnehmen, um den drohenden Verlust des betreffenden Beweismittels zu verhüten. Ueber die Zulässigkeit der Beweisführung überhaupt und der angerufenen Beweismittel im Besondern sollen keine Zwischenverhandlungen stattfinden. Hingegen bleiben die dießfälligen Einreden dem Beweisgegner für das ordentliche Vorverfahren vorbehalten, und im Uebrigen sollen bei Abnahme des Beweises so viel als möglich die in den vorhergehenden Artikeln enthaltenen Vorschriften befolgt werden.

Cf. § 643 des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. **169.** Wer zum Behufe eines Prozesses, der noch nicht anhängig oder in welchem noch kein Instruktionsrichter bestellt ist, einen Beweis zum ewigen Angedenken führen will, hat sein dießfälliges Gesuch der betreffenden kantonalen Gerichtsstelle einzureichen.

Auch in Expropriationssachen ist die Aufnahme eines derartigen Beweises beim kantonalen Richter zu beantragen.

Drittes Kapitel.

Vom Schlusse des Vorverfahrens.

Art. **170.** Sobald der Zweck des Vorverfahrens erreicht ist, soll der Richter den Schluß desselben erklären, und die sämmtlichen Protokolle und Akten dem Gerichtspräsidenten zustellen.

Art. **171.** Beschwerden über die Verfügungen des Instruktionsrichters beurtheilt das Bundesgericht. Dieselben haben keine Suspensivkraft und sind in der Regel erst beim Beginn des Schlußverfahrens (Art. 172 u. ff.) im Zusammenhang mit der ganzen Sache anzubringen und zu behandeln.

Dritter Titel.

Das Hauptverfahren.

Art. **172.** Das Hauptverfahren findet auf Grundlage der von dem Instruktionsrichter erhobenen Protokolle und Akten statt.

Art. **173.** Eine Partei ist berechtigt, Ergänzung oder Berichtigung dieser Akten zu verlangen:

1. durch neue Beweismittel, wofern sie beschwört, daß sie dieselben erst seit dem Schlusse des Vorverfahrens entdeckt habe (Art. 165);
2. durch Beweismittel, deren Benutzung der Instruktionsrichter ohne genügenden Grund ausgeschlossen hatte;
3. durch Verbesserung von Fehlern, welche von dem Instruktionsrichter bei der Abnahme eines Beweises begangen worden waren;
4. durch Vernichtung von formell unzulässigen Beweisen, welche der Instruktionsrichter, trotz begründeter Einsprache, dennoch zu den Akten erhoben hatte;
5. durch Aufhebung von Verfügungen, welche im Vorverfahren ohne genügenden Grund zum Nachtheile der betreffenden Partei erlassen worden waren.

Art. **174.** Ein solches Gesuch ist innerhalb 14 Tagen (von dem Tage an gerechnet, an welchem der Schluß des Vorverfahrens erklärt worden ist) oder wenn es sich um Nachbringung neu entdeckter Beweismittel handelt (Art. 173, Ziffer 1), so frühzeitig als möglich bei dem Präsidenten des Bundesgerichtes einzureichen. Die Beweismittel, um deren nachträgliche Benutzung es sich handelt, sind beizulegen, oder soweit dieß nicht möglich ist, wenigstens zu benennen (Art. 158 und 160).

Im Expropriationsverfahren gilt der „Urtheilsantrag" als diejenige Verfügung, durch welche das Vorverfahren geschlossen wird. Es läuft daher die Frist des Art. 174 von der Mittheilung jenes Urtheilsantrages an (A. E. VI. p. 440).

Art. **175.** Der Präsident des Gerichtes theilt das Gesuch der Gegenpartei mit und setzt ihr eine Frist an, um einen allfälligen Gegenbeweis anzutreten.

Art. **176.** Wenn eine Partei über das Augenscheinsprotokoll oder darüber, daß der Augenschein nicht eingenommen worden sei, Beschwerde führt, so kann der Gerichtspräsident einen oder zwei andere Richter beauftragen, den Augenschein einzunehmen (Art. 121 u. f.), oder er kann auch je nach Umständen verfügen, daß die Schlußverhandlung selbst an dem betreffenden Orte stattfinden solle (Art. 18, litt. b der Organisation der Bundesrechtspflege).

Das am Schlusse des Art. 176 enthaltene Zitat beruht auf einem Irrthum. Es war Art. 17 litt. a gemeint. Da das alte Organisationsgesetz obsolet geworden, ist damit auch das Zitat als dahin gefallen zu betrachten. Natürlich besteht die in Art. 176 fixirte Befugniß des Präsidiums gleichwohl.

Art. **177.** Einem Gesuche, daß der Gerichtspräsident Sachkundige ernennen und zu der Schlußverhandlung zuziehen, oder daß er Zeugen, welche entweder noch gar nicht, oder angeblich auf fehlerhafte Weise abgehört worden sind, vorladen

möchte, ist jedenfalls zu entsprechen, wenn nicht ganz besondere Hindernisse entgegenstehen.

Zeugen, welche aus irgend einem Grunde nicht vor dem Bundesgerichte erscheinen können, soll der Gerichtspräsident vorläufig durch das Gericht ihres Wohnortes einvernehmen lassen.

Als „ganz besondere Hindernisse" sind z. B. die Fälle anzusehen, in welchen die sofortige Abnahme der betreffenden Beweise resp. die Abgabe eines Gutachtens durch die Sachverständigen nach Lage der Sache unmöglich ist (A. E. I. p. 537).

Art. **178.** Beschwerden und Gesuche, welche auf Ergänzung oder Berichtigung des Vorverfahrens gerichtet sind, sowie Streitigkeiten über die Abnahme eines zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eides (Art. 167) sollen bei der Schlußverhandlung vor Allem erörtert und nach Anhörung beider Parteien durch motivirtes Urtheil entschieden werden.

Cf. ad Art. 128. Die solenne Art des Urtheils ist hier offenbar unnöthig.

Art. **179.** Nachträgliche Beweise, welche das Gericht für zulässig erklärt, sind wo möglich sofort abzunehmen. Im Falle eines entgegengesetzten Entscheides sollen die vorgeladenen Zeugen oder Sachkundigen unverzüglich entlassen werden.

Art. **180.** Hierauf findet die rechtliche Erörterung der streitigen Sache in ihrem ganzen Zusammenhange statt.

Jeder Partei sind zu diesem Behufe zwei mündliche Vorträge zu gestatten.

Art. **181.** Die Berathung sowohl als die Abstimmung des Gerichtes findet öffentlich statt.

Art. **182.** Der Präsident frägt die Mitglieder des Gerichtes der Reihe nach um ihre Ansichten an. Er selbst spricht zuletzt.

Nach beendigter Umfrage findet freies Wortbegehren statt.

Die Stimme wird durch Aufheben der Hand abgegeben, bei gleichgetheilten Stimmen entscheidet der Präsident.

Art **183.** Ueber jeden einzelnen streitigen Anspruch wird besonders abgestimmt und zwar sollen die Fragen so geordnet werden, daß immer diejenige vorangeht, durch welche die folgende erledigt oder vorbereitet wird. Auch ist die Hauptsache vor den Nebenpunkten zu beurtheilen.

Art. **184.** Wenn der Ausgang des Streites von der Leistung des Ergänzungs- oder Entkräftungseides abhängig gemacht wird, so ist die Entscheidung bedingt auszufällen und zu bestimmen, was im Falle der Leistung oder Nichtleistung des Eides die Folge mit Hinsicht auf Haupt- und Nebenpunkte sein soll.

Nach stattgefundener Abschwörung oder Verweigerung des Eides wird sodann von dem Gerichte selbst oder von dem mit der Abnahme des Eides beauftragten Richter die geschehene oder unterbliebene Abschwörung bezeugt und die bedingt ausgefällte Entscheidung unbedingt ausgesprochen.

Art. **185.** Die Ausfertigung des Urtheils soll enthalten:

1. die Benennung des Gerichtes und der anwesenden Richter, sowie der Parteien;
2. die wesentlichen thatsächlichen Verhältnisse und die Gesuche der Parteien in gedrängter Kürze;
3. die Entscheidungsgründe;
4. die Entscheidung selbst;
5. die Unterschrift des Vorstandes und des Schreibers, mit Bezeichnung des Ortes und der Zeit der Ausfällung und Beidruckung des Gerichtssiegels.

Art. **186.** Das Urtheil wird mündlich eröffnet und den Parteien überdieß in schriftlicher Ausfertigung zugestellt.

Es erlangt im Augenblick der mündlichen Eröffnung Rechtskraft.

Vierter Titel.

Von der Vollziehung.

Art. **187.** Wenn das Urtheil auf Bezahlung einer Geldsumme oder Leistung einer Kaution geht, so ist der Rechtstrieb (die Betreibung) einzuleiten nach den Gesetzen des Kantons, in welchem der Debitor wohnt. Hat dieser sich in's Ausland begeben, oder ist er unbekannt wo abwesend, so ist sein Vermögen von dem Richter des Ortes, wo dasselbe liegt, auf Ansuchen der betheiligten Partei sofort mit Beschlag zu belegen und, soweit es zur Deckung der Forderung nöthig ist, zu veräußern. Diese Beschlagnahme soll auch dann verfügt werden, wenn der anwesende Debitor in Folge des Rechtstriebes nicht bezahlt und das Vorhandensein jenes Vermögens verheimlicht.

Cf. § 741 ff. des zürcherischen Prozeßgesetzes.

Art. **188.** Geht hingegen das Urtheil auf Uebergabe anderer Gegenstände als Geld, oder auf Vornahme besonderer Handlungen des Verurtheilten, so soll die Regierung des Kantons, in welchem er sich aufhält, oder wo die streitige Sache liegt, auf Ansuchen der betheiligten Partei, demselben sogleich eine Frist von höchstens einem Monate zur Vollziehung des Urtheils ansetzen.

Art **189.** Wenn der Verurtheilte dieser Verfügung nicht Folge leistet, so ist er dem Gerichte seines Wohnortes zur Bestrafung wegen Ungehorsams zu überweisen und die Vollziehung

des Urtheils ist durch die Kantonsregierung auf seine Kosten sofort anzuordnen.

Sind die zu übergebenden Objekte nicht mehr vorhanden, oder kann aus andern Gründen die Vollziehung nicht stattfinden, so ist das Vermögen des Verurtheilten in so weit mit Beschlag zu belegen, als es zur vollständigen Deckung des Interesses der Gegenpartei erforderlich ist, und die Akten sind der letztern zuzustellen, damit sie bei dem Bundesgerichte auf Umwandlung der Leistung in eine Geldsumme antragen kann.

Art. **190.** Keine Behörde darf die Vollziehung hemmen, oder eine Frist erstrecken, ausgenommen in Folge einer Verfügung des Bundesgerichts nach Art. 196 oder des Präsidenten nach Art. 198 oder auf ganz liquiden schriftlichen Beweis, daß die Vollziehung bereits stattgefunden habe.

Art. **191.** Beschwerden über mangelhafte Vollziehung der Urtheile des Bundesgerichtes sind bei dem Bundesrathe anzubringen, welcher das Geeignete zu verfügen hat. Er kann aber auch von Amtes wegen die Vollziehung überwachen.

Cf. Art. 102 Ziff. 5 der Bundesverfassung.

Fünfter Titel.

A. Von der Revision.

Art. **192.** Die Revision eines vom Bundesgerichte ausgefällten Civilurtheils ist zulässig:

1. In Fällen von Nichtigkeit. Diese ist vorhanden:

a) wenn die Vorschriften des Organisationsgesetzes über die Bundesrechtspflege, betreffend die Besetzung des Gerichtes, verletzt wurden;

b) wenn die Bestimmungen der Art. 2, 4 und 181 dieses Prozeßgesetzes nicht beobachtet wurden;

c) wenn das Gericht in den Akten liegende erhebliche Thatsachen aus Versehen gar nicht, oder auf irrthümliche Weise gewürdigt hat;

d) wenn einzelne Punkte der Klage oder Widerklage unbeurtheilt geblieben sind.

2. Wenn der Impetrant entschiedene Beweismittel auffindet, deren Beibringung ihm im frühern Verfahren unmöglich gewesen war.

3. Wenn auf dem Wege des Strafprozesses erwiesen wird, daß ein Richter, der an der Ausfällung des Urtheils Theil genommen hatte, bestochen war, oder daß die Gegenpartei des Impetranten oder ein zu ihren Gunsten Handelnder ein Verbrechen

oder Vergehen verübt hatte, um das in Frage liegende Urtheil auszuwirken.

Kann ein Revisions-Gesuch erhoben werden gegen Urtheile, die das Bundesgericht als Oberappellationsgericht erlassen hat oder blos gegen solche, die von ihm als erste und letzte Instanz gefällt wurden? Das Bundesgericht sagt darüber (A. E. III. p. 552/53) Folgendes. Sowohl das gemeine Zivilprozeßrecht als die neuern Zivilprozeßrechte lassen die Anfechtung letztinstanzlicher, rechtskräftiger Zivilurtheile, sei es mittelst der Nichtigkeitsbeschwerde, sei es auf dem Wege der Revision, im Wesentlichen aus den gleichen Gründen zu, welche der Art. 192 des zitirten Bundesgesetzes als Revisionsgründe aufführt. Eine bundesgesetzliche Bestimmung, welche das Rechtsmittel der Revision gegen oberinstanzliche Urtheile des Bundesgerichtes ausschließen würde, existirt nicht und ebenso wenig sind innere Gründe vorhanden, solche Urtheile bezüglich der Rechtsmittel anders zu behandeln, als diejenigen Erkenntnisse, welche das Bundesgericht als einzige Instanz erlassen hat. Der analogen Anwendung der Art. 162 ff. des Bundesgesetzes vom 20. November 1850 auf oberinstanzliche bundesgerichtliche Urtheile steht daher nicht nur kein gesetzliches Hinderniß entgegen, sondern es scheint dieselbe geradezu geboten, indem keinerlei Gründe denkbar sind, warum solche Urtheile ausnahmsweise unabänderlich oder unaufhebbar seien und nicht z. B. die gleichen Verstöße, welche die Nichtigkeit anderer Erkenntnisse des Bundesgerichtes begründen, auch zur Revision jener Urtheile führen sollten.

Das Bundesgericht hat die erwähnten Bestimmungen analog auf staatsrechtliche Entscheide angewendet (A. E. I. p. 233 und 234).

Der Revisionsgrund des Art. 192 Ziff. 1 litt. c trifft nur dann zu, wenn sich aus dem Urtheil selbst mit Sicherheit ergibt, daß in den Akten liegende erhebliche Thatsachen aus Versehen, d. h. gegen den Willen des Gerichtes, entweder gänzlich außer Acht gelassen worden sind oder eine Würdigung erfahren haben, welche mit dem klaren Inhalte der Akten im Widerspruch steht. Sind diese Voraussetzungen nicht vorhanden, sondern wollen nur die faktischen und rechtlichen Schlußfolgerungen, welche das Gericht aus dem thatsächlichen Inhalt der Akten gezogen, als unrichtig oder ungenügend angefochten werden, so versagt das Rechtsmittel der Revision (A. E. IV. p. 635).

Art. **193.** Das Revisionsgesuch muß jedoch in den Fällen des Art. 192, Ziffer 1 innerhalb eines Monates vom Empfange der schriftlichen Ausfertigung des Urtheiles, und in den übrigen Fällen innerhalb dreier Monate von der Entdeckung des Revisionsgrundes an gerechnet, bei Strafe des Ausschlusses, bei dem Gerichte anhängig gemacht werden.

Mit der analogen Anwendung des Art. 192 auf staatsrechtliche Rekurse war auch diejenige des Art. 193 geboten. Die Einführung kurzer Fristen für die Einlegung von Rechtsmitteln, auf welche die Parteien ja verzichten können, ist im Interesse der Rechtssicherheit unbedingt nothwendig und es wäre daher eine offenbar ungerechtfertigte Annahme, daß der Gesetzgeber das Begehren um Revision staatsrechtlicher Erkenntnisse ohne Zeitbeschränkung habe zulassen wollen. Nun sind aber keine innern Gründe vorhanden, den Parteien für die Entscheidung, ob sie von dem Rechtsmittel Gebrauch machen wollen, bezüglich staatsrechtlicher Erkenntnisse andere Fristen zu setzen, als solche für die Revisionsgesuche gegen Zivilurtheile bestehen (A. E. I. p. 233/4).

Art. **194.** Nach Ablauf von fünf Jahren kann die Revision eines Urtheiles bloß noch in den in Art. 192, Ziffer 3 vorgesehenen Fällen nachgesucht werden.

Art. **195.** Ueber die Zulässigkeit der Revision findet eine mündliche Verhandlung vor dem Gerichte, welches das Urtheil ausgefällt hat, statt. Wird das Revisionsgesuch zugelassen, so kann der Impetrant innerhalb dreier Monate Klage auf Abänderung des frühern Urtheils und Zurückerstattung der in Folge desselben gemachten Leistungen einreichen.

Art. **196.** Das Revisionsgesuch bewirkt keinen Aufschub der Vollziehung des angefochtenen Urtheiles, insofern das Gericht bei Gestattung der Revision nichts Anderes verfügt.

B. Von der Erläuterung der Urtheile.

Art. **197.** Wenn die Bestimmungen eines Urtheils dunkel, unvollständig, zweideutig oder sich widersprechend sind, sowie, wenn dieselben Redaktions- oder Rechnungsfehler enthalten, so soll das Gericht auf Ansuchen einer Partei die Erläuterung oder Berichtigung verfügen.

Auch ein im Expropriationsverfahren abgegebener „Urtheilsantrag" kann der Erläuterung unterliegen (A. E. I. p. 488 und 489).

Beispiele unbegründeter Erläuterungsgesuche cf. in A. E. VI. p. 35 und 255.

In einem Prozesse hatte das Bundesgericht der Klägerschaft eine Entschädigung als Schadenersatz zugesprochen, „abzüglich der bereits bezahlten Beträge". In der Exekutionsinstanz entstand Streit über den Umfang der Zahlungen. Deswegen wurde ein Erläuterungsgesuch an das Bundesgericht gestellt, allein ohne Erfolg. Das Bundesgericht erklärte: es handelt sich hier um eine in der Exekutionsinstanz gegenüber der Judikatsforderung vorgeschützte Einwendung der Zahlung. Hierüber ist aber nicht vom Bundesgerichte im Wege der Erläuterung des in Frage stehenden bundesgerichtlichen Urtheils nach Maßgabe der eidgenössischen Zivilprozeßordnung, sondern von den kantonalen Gerichten in dem kantonalgesetzlich für Erledigung derartiger in der Exekutionsinstanz vorgeschützter Einwendungen vorgeschriebenen Verfahren zu entscheiden (A. E. VII. p. 84/5).

Art. **198.** Ein solches Gesuch ist der Gegenpartei zur Beantwortung binnen einer Frist mitzutheilen, unter der Androhung, daß Stillschweigen für Einverständniß angesehen würde.

Hierauf entscheidet das Gericht in der Regel auf Grundlage dieses einfachen Schriftenwechsels.

Jedenfalls findet mündliche Verhandlung nicht statt.

In solchen Fällen kann der Gerichtspräsident die Vollziehung des Urtheils vorläufig durch schriftliche Verfügung suspendiren.

Sechster Titel.

Provisorische Verfügungen.

Art. **199.** Provisorische Verfügungen

a) zum Schutze eines bedrohten Besitzstandes;
b) gegen Veränderungen an dem Streitgegenstande;
c) zur Abwendung eines dem Impetranten drohenden, nicht leicht ersetzbaren Schadens, —

werden während des Vorverfahrens durch den Instruktionsrichter, vor der Einleitung oder nach Beendigung des Vorverfahrens aber durch das Bundesgericht und, wenn dasselbe nicht ohnehin versammelt ist, durch den Präsidenten desselben erlassen

Cf. A. E. I. p. 539/40 und Art. 63 des Organisationsgesetzes.

Art. **200.** Die provisorische Verfügung bezweckt bloß die Sicherstellung der bestehenden Verhältnisse und soll daher nicht weiter gehen, als ihr Zweck nothwendig erheischt.

Wenn derjenige, gegen den die Verfügung verhängt werden soll, dadurch in Schaden gebracht werden könnte, soll der Impetrant angehalten werden, für den Ersatz des Schadens Sicherheit zu bestellen.

Art. **201.** Die provisorische Verfügung soll, wenn nicht Gefahr im Verzuge ist, nicht erlassen werden, bevor dem Impetranten Gelegenheit gegeben worden ist, über dieselbe sich auszusprechen.

Art. **202.** Die provisorische Verfügung soll auf die Entscheidung des Rechtsstreites keinen Einfluß haben und die rechtliche Stellung der Parteien nicht verändern. Sie kann jederzeit aufgehoben oder modifizirt werden, wenn die Gefahr dahingefallen ist oder die Umstände sich geändert haben. Verfügungen des Instruktionsrichters oder des Gerichtspräsidenten sind bei der ersten Gelegenheit dem Gerichte zur Bestätigung vorzulegen; doch ist das Gericht zu diesem Behufe nicht außerordentlich einzuberufen.

Anhang I.

Das Bundesgesetz über die Kosten der Bundesrechtspflege vom 25. Brachmonat 1880.

A. Taggelder und Reiseentschädigungen.

Art. 1. Die Mitglieder des Bundesgerichts und die Bundesgerichtsschreiber beziehen, wenn sie in Amtsgeschäften von Lausanne sich entfernen müssen, für jeden Tag ihres Aufenthaltes an einem andern Orte eine Entschädigung von . . . . Fr. 10

Die Ersatzmänner des Bundesgerichtes, sowie der Untersuchungsrichter in Strafsachen erhalten ein Taggeld von . . „ 25

Der Aktuar des Untersuchungsrichters . . . . . „ 10

Außer seinem Wohnorte . . . . „ 15

Ein Geschworner . . . . „ 6

Daneben erhalten sowohl diese Beamten als auch die in den nachfolgenden Artikeln 3—5 genannten Personen die im Artikel 1 des Bundesgesetzes vom 16. Augstmonat 1878 festgesetzte Reiseentschädigung (Amtliche Sammlung N. F., Bd. III. S. 656).

Zwanzig Rappen für jeden zurückgelegten Kilometer, sowohl für die Hin- als für die Rückreise, und falls die Reise über einen schweizerischen Alpenpaß stattfindet, auf welchem eine erhöhte Posttaxe erhoben wird, überdieß für eine der Taxerhöhung unterworfene Strecke eine Zulage von zehn Rappen per Kilometer. Bruchtheile von weniger als 50 Rappen werden nicht berechnet, diejenigen über 50 Rappen werden als 1 Franken gezählt.

Art. 2. Für besondere Arbeiten der Ersatzmänner außerhalb der Gerichtssitzungen bestimmt das Gericht die Entschädigung im Verhältnisse des Zeitaufwandes.

Art. 3. Experten erhalten ein Taggeld bis auf Fr. 35. Für die Abfassung von Berichten wird vom Bundesgerichte für den Arbeitstag, je nach der Natur des Gegenstandes, eine Entschädigung von 15—30 Franken festgesetzt.

Ausnahmsweise kann das Gericht auch eine höhere Entschädigung ausrichten.

Art. 4. Zeugen, welche außerhalb ihres Wohnortes abgehört werden, erhalten ein Taggeld von 4 Franken.

Findet die Abhörung an ihrem Wohnorte selbst oder in deren nächsten Umgebung statt, so kann eine entsprechende Ermäßigung eintreten. Für Mehrauslagen eines Zeugen kann der Richter eine weitere Entschädigung bestimmen.

Art. 5. Die Entschädigung des Bundesanwaltes wird vom Bundesrathe festgesetzt; diejenige des amtlichen Vertheidigers vom Bundesgerichte.

Wenn in wichtigen Fällen dem Bundesanwalte ein Aktuar beigegeben werden muß, so ist derselbe zu entschädigen wie der Aktuar des Untersuchungsrichters.

Art. 6. Die Besoldung von Kopisten, Weibeln, Wachen, Bedeckungen und Gefangenwärtern wird in jedem Falle vom Gerichte festgesetzt, das sich hierüber, so weit es nöthig ist, mit den betreffenden Kantonsbehörden in's Einvernehmen setzt und im Uebrigen auf den Ortsgebrauch Rücksicht nimmt.

Art. 7. Die in den Artikeln 1 bis 6 erwähnten Entschädigungen werden von der Bundeskasse bezahlt, beziehungsweise im Sinne der folgenden Bestimmungen aus der Gerichtskasse vorgeschossen.

B. Gebühren und Kosten zuhanden des Gerichtes.

I. Im Civilprozeß.

Art. 8. Jede Partei hat die durch ihre Handlungen entstehenden Kosten (Art. 9 a und b) vorzuschießen, beide Parteien zusammen aber diejenigen, welche durch gemeinschaftliche Anträge oder durch das Gericht von Amtes wegen veranlaßt werden. (Artikel 23 und 26 des Bundesgesetzes über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten).

Art. 9. Die Prozeßkosten, welche von den Parteien an das Bundesgericht zu bezahlen sind, bestehen:

a) in den Auslagen des Instruktionsrichters;
b) in den Baarauslagen der Kanzlei für Augenscheine, Zeugen, Experten, Porti 2c.;
c) in einer Gerichtsgebühr von 25—500 Franken;
d) in den Kanzleigebühren für jede Ausfertigung eines Urtheiles oder Beschlusses, sowie für Kopiaturen, die Folioseite zu 60 Rappen.

Die Gebühren sub litt. c und d fallen in die Gerichtskasse.

Art. 10. Die Bestimmungen der Artikel 8 und 9 finden auch dann Anwendung, wenn das Bundesgericht von beiden Parteien angerufen wird, im Sinne von Artikel 31, Ziffer 2, des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Brachmonat 1874.

In diesem Falle jedoch beträgt die Gerichtsgebühr 100 bis 1000 Franken.

Art. 11. Ebenso finden die Bestimmungen der Artikel 8 und 9 auch auf Expropriationsprozesse ihre Anwendung, mit der Beschränkung jedoch, daß die Gerichtsgebühr die Hälfte des gesetzlichen Maximums nicht übersteigen darf, und daß auch unter das Minimum der Gerichtsgebühr herabgegangen werden darf.

Art. 12. Im Falle der Zwangsliquidation einer Eisenbahn ist, abgesehen von den einzelnen Urtheilen, eine Gerichtsgebühr von 200 bis 1000 Franken zu erheben, nebst den im Art. 9 a, b und d erwähnten Auslagen und Gebühren.

Art. 13. Bei Abstandserklärungen und Vergleichen hat die betreffende Partei nebst den Auslagen und Kanzleigebühren (Art. 9 a, b und d) eine Gerichtsgebühr bis auf die Hälfte der in den Artikeln 9, 10, 11 und 12 festgestellten Ansätze zu entrichten.

Art. 14. In Prozessen, welche der Bundesrath in Vollziehung des Bundesgesetzes über die Heimatlosigkeit bei dem Bundesgerichte einleitet, ist keine Gerichtsgebühr zu entrichten.

II. In staatsrechtlichen Streitigkeiten.

Art. 15. Für die Entscheidungen staatsrechtlicher Streitigkeiten sollen der Regel nach weder Gerichtsgebühren bezogen, noch Parteientschädigungen zugesprochen werden. Doch kann das Gericht Ausnahmen machen in Fällen, wo die Anhebung oder Veranlassung des Streites oder die Art der Prozeßführung es rechtfertigen sollte (Art. 62 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege).

Eine allfällige Gerichtsgebühr beträgt im Maximum 100 Franken.

Die Auslagen und die Kanzleigebühren im Sinne von Art. 9 und 13 müssen immer vergütet werden.

Bei Streitigkeiten gemischter Natur, d. h. in Fällen, in welchen ein zivilrechtliches Interesse mit in Frage liegt, ist das Bundesgericht ermäch-

tigt, bezüglich Gerichtsgebühr, Kosten und Parteientschädigung die Vorschriften für den Zivilprozeß in analoge Anwendung zu bringen.

III. Im Strafprozesse.

Art. 16. Die im Sinne vom Art. 183 des Gesetzes über die Bundesstrafrechtspflege von den Verurtheilten zu bezahlenden Prozeßkosten bestehen:

a) in sämmtlichen Auslagen, welche der Prozeß verursachte, ausgenommen die Besoldungen und Taggelder der Beamten und Angestellten, die Entschädigung des Bundesanwaltes, die Entschädigung und die Reisekosten des amtlichen Vertheidigers und der Geschwornen, sowie die Kosten für die Vollziehung des Urtheils.

b) in einer Gerichtsgebühr:
bei dem Assisenhofe von 100 bis 1000 Franken;
bei dem Kassationshofe von 40 bis 100 Franken;

c) in den Kanzleigebühren entsprechend dem Artikel 9, litt. d (Art. 184 und 188 des Gesetzes über die Bundesstrafrechtspflege).

C. Anwaltsgebühren.

Art. 17. Die Entschädigung des Rechtsanwaltes durch die Prozeßpartei oder durch die Angeklagten bleibt zunächst der gegenseitigen Uebereinkunft überlassen. Wenn jedoch diese Entschädigung der Gegenpartei auferlegt wird, so hat das Gericht die Rechnung des Anwaltes nach folgendem Tarif festzusetzen:

a) für einen Vorstand vor dem Instruktionsrichter .	Fr. 15— 50
b) für einen Vorstand vor dem Bundesgericht, Kassations- oder Assisenhofe	„ 25—200
c) für jeden Tag wegen dieser Vorstände nothwendigen Zeitversäumniß	„ 20

d) Reisegeld per Kilometer 20 Rappen, sowohl für die Hin- als für die Rückreise.

Die Entschädigung für Aktenstudium und für die Rechtsschriften ꝛc. hat das Gericht in jedem einzelnen Falle nach billigem Ermessen festzusetzen. Ist zwischen einer Prozeßpartei und ihrem Anwalte betreffend die letzterm zu bezahlende Entschädigung keine Uebereinkunft abgeschlossen worden, und wird der Betrag dieser Entschädigung streitig, so hat das Bundesgericht denselben, nach schriftlicher Vernehmlassung der Parteien, ohne weitere Parteiverhandlung festzusetzen.

D. Parteientschädigung.

Art. 18. Für die Entschädigung, welche das Gericht der unterliegenden Partei im Zivilprozesse auferlegt (Art. 24 des Bundeszivilprozesses) ist folgender Tarif maßgebend:

a) ein Taggeld bis auf 10 Franken für jeden durch das Erscheinen vor Gericht oder dessen Kommittirten nothwendig versäumten Tag und ein Reisegeld von 20 Rappen für den Kilometer, sowohl für die Hin- als die Rückreise;

b) der Betrag der nach Art. 17 festgesetzten Rechnung des Anwaltes der Gegenpartei;

c) die Gebühr für die Urtheilsausfertigung, gemäß Art. 9, litt. d.

Art. 19. Wenn Zivilparteien im Strafprozesse interveniren, so ist deren Entschädigung im gegebenen Falle nach Art. 18 zu bestimmen.

E. Allgemeine Bestimmungen.

Art. 20. Das vorstehende Gesetz bezieht sich auf die Rechtspflege, welche von dem Bundesgerichte und seinen Abtheilungen geübt wird.

In denjenigen Strafprozessen, welche wegen Verletzung des Bundesstrafgesetzes vom 4. Hornung 1853, des Bundesgesetzes betreffend die Werbung, vom 30. Heumonat 1859, und wegen Uebertretung der Polizei- und Fiskalgesetze des Bundes an die kantonalen Gerichte gelangen, hat im Falle der Verurtheilung der Angeklagte die Prozeß- und Vollziehungskosten zu bezahlen. Im Falle seiner Zahlungsunfähigkeit oder Freisprechung sind die Prozeßkosten von der Bundeskasse zu vergüten.

Die Bußen fallen in die Bundeskasse.

Art. 21. Mit diesem Gesetze treten außer Kraft:

das Bundesgesetz über die Kosten der Bundesrechtspflege, die Gerichts- und Anwaltsgebühren und Entschädigungen, vom 24. Herbstmonat 1856;

der Bundesbeschluß betreffend provisorische Feststellung der Entschädigung einiger Justizbeamter, vom 22. Christmonat 1874, und Art. 185 des Gesetzes über die Bundesstrafrechtspflege, vom 27. Augstmonat 1851.

Art. 21. Der Bundesrath ist beauftragt, dieses Gesetz nach Vorschrift des Bundesgesetzes vom 17. Brachmonat 1874 bekannt zu machen und den Beginn der Wirksamkeit desselben festzusetzen.

Der Bundesrath richtete am 12. Oktober 1880 ein Kreisschreiben an die sämmtlichen Kantone, worin er darauf aufmerksam macht, daß, nach Artikel 20 des Gesetzes, in denjenigen Strafprozessen, welche wegen Verletzung des Bundesstrafrechtes, vom 4. Hornung 1853 (A. S. III, 404), des Bundesgesetzes betreffend die Werbung vom 30. Juli 1859 (Amtliche Sammlung VI. 312) und wegen Uebertretung der Polizei- und Fiskalgesetze des Bundes an die kantonalen Gerichte gelangen, im Falle der Verurtheilung der Angeklagte die Prozeß- und Vollziehungskosten zu bezahlen hat, und daß im Falle seiner Zahlungsunfähigkeit oder seiner Freisprechung die Prozeßkosten von der Bundeskasse zu vergüten sind, sowie, daß die Bußen in die Bundeskasse fallen.

Anhang II.

Das Bundesgesetz betreffend den Gerichtsstand für Civilklagen, welche von dem Bunde oder gegen denselben angehoben werden

vom 18./20. Wintermonat 1850.

(Off. eidg. Sammlung II. p. 73).

I. Zuständigkeit des Bundesgerichtes.

Art. 1.

Diese Bestimmung ist ersetzt durch das Gesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874.

II. Zuständigkeit der Kantonalgerichte.

Art. 2. Unter Vorbehalt der weitern Ausführung des Art. 106 der Bundesverfassung werden alle andern bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, bei welchen der Bund als Partei erscheint, nach Maßgabe der folgenden Artikel von den Kantonalgerichten beurtheilt.

Es ist hier natürlich die B.-V. von 1848 gemeint.

A. Klagen des Bundes.

Art. 3. Bei Klagen, welche von dem Bunde angehoben werden, richtet sich der Gerichtsstand nach den Vorschriften, der betreffenden Kantonalgesetzgebung.

B. Klagen gegen den Bund.

Art. 4. Für dingliche und Besitzklagen, die sich auf Immobilien beziehen, ist der Richter des Ortes zuständig, wo der Streitgegenstand oder der größere Theil desselben liegt.

Alle andern Klagen gegen den Bund werden vom Richter desjenigen Ortes beurtheilt, wo das Domizil der eidgenössischen Zentral- oder Kreisverwaltung ist, die das betreffende Rechtsgeschäft abschloß, oder sich im Besitze der streitigen beweglichen Sache befindet, oder deren Beamte und Angestellte die Handlungen begingen, aus welchen geklagt wird.

C. Allgemeine Bestimmungen.

Art. 5. Die Parteien können sich durch Vereinbarung einem an sich nicht zuständigen Gerichte unterwerfen.

Als stillschweigende Vereinbarung gilt die Einlassung des Beklagten vor einem solchen Gerichte.

Art. 6. Wenn der Bundesrath die Zuständigkeit der Gerichte überhaupt oder die Zuständigkeit der kantonalen Gerichte nicht anerkennt, so hat die Bundesversammlung die Kompetenzfrage zu entscheiden (Art. 74, Ziff. 17 der Bundesverfassung).

In allen übrigen Fällen wird die Zuständigkeit von demjenigen Gerichte beurtheilt, bei welchem die Klage erhoben wird, mit Vorbehalt der nach den Gesetzen des betreffenden Kantons gegen seinen Entscheid zulässigen Rechtsmittel.

Nach der B.=V. von 1874, Art. 113, Ziff. 1, entscheidet das Bundesgericht.

Art. 7. Der Beklagte kann jede Forderung, die ihm gegen den Kläger zusteht, bei dem gleichen Kantonalgerichte, bei welchem die Klage anhängig ist, durch eine mit der Antwort zu verbindende Widerklage geltend machen, insofern die letztere nicht in die Urtheilsbefugniß des Bundesgerichts einschlägt.

Art. 8. Die einmal begründete Zuständigkeit dauert bis zur Beendigung des Rechtsstreites und zwar für eine Widerklage auch nach der Zurückziehung oder Erledigung der Vorklage.

Art. 9. Das Gericht der Hauptsache ist für alle Nebensachen, welche im Laufe des Verfahrens zwischen denselben Parteien vorkommen, zuständig.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Meili, Fr.

Der Civil- und Straf-Prozeß des Kanton Zürich und des Bundes Ein Commentar auf Grundlage der Praxis

Bd.: I

Zürich 1882